

LA NUEVA REALIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL TRABAJADOR EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: LOS INSTITUTOS DE LA FLEXIBILIDAD Y DES-REGULACIÓN

Lic. Warren Corrales Castillo

Mucho se ha escrito y discutido acerca del papel que juega ahora el derecho laboral en esta nueva era de la globalización. Se debe recordar que el derecho laboral fue concebido, como aquel contrapeso de carácter social que viniera a contrarrestar los graves abusos que se cometían en contra de los trabajadores.

Que mejor ilustrado que en aquella famosa película de Charles Chaplin, *Tiempos Modernos*, donde se expone una cruda realidad del trabajador operario en las grandes industrias de Europa con jornadas extensas, sin derechos, sin seguridad y con un trabajo mecanizado.

El derecho laboral nació de una manera y en un contexto muy diferente al que nos enfrentamos hoy. Por esa razón es que al chocar de frente con una realidad social distinta, con un panorama de trabajo y de empresas considerablemente diferente, ha ocasionado que se discuta sobre su real aplicación; o, si más bien, está en desuso o que no responde a las necesidades imperantes o ante una crisis económica.

Se debe recordar que el ser humano por naturaleza necesita sentirse que es necesario y que es útil en la vida y ese algo se ha traducido en trabajo, ya que dignifica a la persona. El ser humano necesita desarrollarse, crearse, crecer, y para ello requiere de un trabajo para poder realizarse como tal. Este principio fundamental podemos

verlo plasmado a nivel constitucional cuando el artículo 50 otorga al Estado el deber de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país mediante un equilibrio entre la producción y el adecuado reparto de la riqueza. En el mismo cuerpo normativo se indica que *“El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad...”*, y es así como podemos ver que cada persona se desarrolla tanto individual como colectivamente a través de las herramientas de trabajo.

Sin embargo, volvamos a analizar el tema central, pareciera que los laboristas han encontrado que el derecho laboral como lo conocemos no responde o pareciera no responder a las nuevas vicisitudes de la realidad social. ¿Se queda corto ante una crisis?, ¿Es demasiado proteccionista y otorga derechos que son imposibles de respetar y cumplir ante una crisis?, ¿Es viable económicamente?, ¿Se pierde competitividad en contraposición con regímenes y Estados menos proteccionistas?

Trataremos de responder todas esas interrogantes en un esfuerzo por analizar temas puntuales como la descentralización, el verdadero papel del derecho del trabajo, la era de la globalización, la des-regulación y la flexibilidad.

Debemos comenzar diciendo que la empresa capitalista se compone esencialmente de dos elementos: capital y trabajo (así como

lo expuso con tanto detalle Marx en sus obras). Señala Carlos L. Alfonso Mellado que: *“el empresario como propietario de capital busca la organización de la empresa que mayor rentabilidad le depara. Maximizar beneficios. Los trabajadores como suministradores del trabajo necesario en la empresa buscan obtener el mayor precio por el trabajo ofrecido, precio entendido en sentido amplio”*. Y es que este debe ser el eje central por el que entendamos referido este ensayo, ya que han existido siempre dos partes que son antagónicas, el patrono y el trabajador. En el medio, el derecho laboral funcionando como una balanza, buscando equilibrar esos choques de poder para evitar conflictos y regular la materia.

El derecho del trabajo es un medio que ha evolucionado a través de los años, desde un derecho tradicional o clásico, que tenía como base dos elementos: confirmar los poderes esenciales del empresario como titular de la empresa con los poderes de dirección y organización; buscando, limitar esos poderes en lo necesario para deparar un nivel de protección suficiente a los trabajadores; hasta un derecho laboral más amplio y flexible. Así, vemos como desde su nacimiento, ya el derecho del trabajo, en su concepción clásica, era definido bajo estándares esenciales pero contradictorios.

Debemos decir que el derecho del trabajo, como se ha esbozado supra, ha venido asumiendo como objetivo primordial, en las palabras de Miguel Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, *“contrarrestar la desigualdad de poder inherente a la relación de trabajo. Se ha venido caracterizando como un derecho social y como un elemento clave de la política social”*. El derecho del trabajo ha estado influenciado por los cambios económicos, sociales y políticos los cuales han generado una cierta inestabilidad de sus reglas que han conocido modificaciones y

ajustes frecuentes mucho más fuertes que en otras disciplinas.

Y es en virtud de ello y de aceptar este desequilibrio que se buscó limitar esos poderes del empresario bajo unas normas estatales, y algunas de rango constitucional, que garantizaran ciertas condiciones de trabajo (normas mínimas), reconocimiento de derechos colectivos (libertad sindical), irrenunciabilidad de derechos, obligación de información, consulta, negociación, institutos como el preaviso, inspección del trabajo, vías de reclamación, entre otras.

Sin embargo, frente a ello, la doctrina ha señalado que, a pesar de ello, la limitación indicada supra no fue lo suficientemente amplia que se esperaba. Siguió existiendo, en palabras de Alfonso Mellado, un *“núcleo duro de poderes no limitados”*, entre los que podemos citar los siguientes: decisiones económicas a cargo del empresario, decisiones empresariales no reguladas legalmente, carácter discrecional de decisiones empresariales, el tema probatorio-dificultad, etc.

Eso en síntesis, nos viene a explicar, que la finalidad de ese Derecho, como lo señala Alfonso Mellado: *“era constituer una fuerza de contrapeso capaz de contrarrestar la desigualdad de poder negociador que es inherente a la relación individual del trabajador”*. Lo que se quería era reforzar el poder del trabajador e impedir la determinación de las condiciones laborales de manera unilateral por el empresario.

Pero, ¿qué ha pasado en la actualidad?, ¿qué ha sucedido desde ese derecho de trabajo clásico?

Es claro que, a medida que han pasado los años, el derecho del trabajo tradicional ha recibido fuertes golpes y críticas de varios flancos. Uno de ellos, claramente

el empresarial, el cual ha presentado una fuerte demanda empresarial traducida *“en la recuperación de los espacios de libre decisión empresarial”*, según lo dicho por Alfonso Mellado.

Incluso en Europa se ha dicho que el incremento del desempleo en ese continente era, citando a Rodríguez Piñero: *“consecuencia de una regulación laboral excesivamente protectora”*. Y es claro que, uno de los fines u objetivos del derecho del trabajo desde su nacimiento, debería más bien *“facilitar e incentivar la creación del empleo, evitando que sus reglas acentúen el deterioro de los niveles de empleo mediante una reducción de la protección del trabajo que desanime o deteriore el empleo”*.

Se le critica el nivel tuitivo que había alcanzado el ordenamiento laboral, calificándolo de excesivo, rígido e inadecuado para la situación productiva actual y de las relaciones laborales. En resumen, el empresario quería mayor especio y apertura a la autonomía individual (amputada por la legislación y la autonomía colectiva), defensa de la empresa y exigencia de un derecho laboral flexible y amoldable.

Y es que esta preocupación ha servido como caldo de cultivo para evidenciar un fenómeno, en los términos apuntados por Rodríguez Piñero, de *“relajación de la normativa laboral y una considerable ampliación, del margen de liberal de los empresarios en la gestión y organización que Piñero, ados por Rodri las ansias empresariales de mayor flexibilida.ra “conomoriginarios, aunque se introduzcan innovacionedel trabajo, que ha debilitado el sistema tradicional, definido o criticado como rígido, pero sin llegar a saciar las ansias empresariales de mayor flexibilidad”*.

Estas exigencias y críticas desde el sector empresarial se apoyan en los términos del autor Alfonso Mellado, en: *“las exigencias*

de la globalización (tema que analizaremos), dumping social y los nuevos procesos productivos, nueva realidad clase obrera, pérdida de ámbito aplicativo del ordenamiento laboral, la defensa de la sociedad de riesgo”, entre otras.

Se escapa de la tesis de este ensayo el análisis de cada uno de esos motivos, pero por ahora, cabe indicar, que le daremos mucho mayor énfasis a la descentralización productiva basada en la *“nueva realidad de la clase obrera que tiene suficiente poder contractual para negociar en términos equilibrados con el empresario sin necesitar un marco legal o convencional tuitivo que en lugar de protegerlos los constriñe y en la globalización”*.

Y es que la función del derecho del trabajo ha sido la de *“proteger el empleo existente a través de diversos instrumentos que han permitido configurar como principio el de la estabilidad en el empleo, que ha sufrido una crisis muy profunda al cuestionarse su impacto en la generación y el mantenimiento del empleo”*. Se ha buscado entonces un equilibrio entre la protección del trabajo y la de los niveles de empleo, lo que ha traído como consecuencia una alteración en los objetivos originarios del derecho del trabajo y ha afectado, sin perderlos, a algunos de sus rasgos característicos y sus raíces profundas; sin renunciar a los principios y valores propios de tutela del trabajo.

Ello se ha traducido en un reacomodo de la definición clásica del derecho del trabajo para replantearse su definición y buscar un mejor acomodo entre *“los fines igualmente legítimos de protección del empleo y de promoción del mismo; desde un nuevo equilibrio entre seguridad y flexibilidad”*.

Sobre este tema, podemos concluir diciendo que la situación actual, nos presenta una alteración significativa a dos principios del

derecho clásico: protección y progresividad, apreciándose una supeditación de lo laboral a lo económico buscando la defensa y mejora del acceso al empleo. Así podemos indicar, apoyándonos en el autor citado que, existe todavía, entre otras, una *“imposibilidad de negociar sobre decisiones económicas empresariales, supeditación de la norma laboral a la situación económica, pérdida de imperatividad de las normas laborales, desregulación, reforzamiento de la autonomía individual y la unilateralidad”*.

De ellos, reviste gran interés, el tema de la supeditación de la norma laboral ya que su pretensión no es deparar mayores niveles tuitivos sino *“reforzar los poderes empresariales con la argumentación de que así la empresa funcionará mejor y ello permitirá en el futuro conceder mejor condiciones de trabajo: se eliminan derechos con la promesa de que la mejora económica permitirá su recuperación”*. En este momento cabe preguntarnos, ¿ha sido ello así? ¿se han recuperado los derechos eliminados?

Pareciera que la respuesta es que no, la mejora de los niveles de empleo requiere, en palabras de Rodríguez Piñero: *“una necesidad de producir que depende de la salud del sistema económico, y de medidas de política económica y fiscal que creen un marco adecuado para la inversión y el consumo”*. Existe consenso en cuanto a que el derecho del trabajo no puede ser indiferente frente a los desequilibrios existentes en el mercado, pero no el único culpable.

Si bien se han reforzado los poderes empresariales en detrimento de los derechos de los trabajadores y del debilitamiento su poder contractual, tenemos que, aunado a ello, ese proceso más bien ha estado acompañado de retroceso en material legal-laboral, debilitamiento de procesos de negociación colectiva (sindicatos), reforzamiento de la autonomía individual,

centralidad de la empresa como espacio de negociación, economicismo y supeditación de lo laboral a la recuperación de la competitividad y el empleo. En la actualidad, el fenómeno que hemos analizado se ha acentuado trayendo consigo un incremento de la unilateralidad empresarial, en palabras de Alfonso Mellado: *“...bien abierta, bien encubierta bajo la forma de pactos individuales o de empresa que jurídicamente lo son en cuanto aparentemente cuentan con la aceptación de la contraparte, pero que socialmente no son sino imposiciones empresariales frente a las que no hay poder de resistencia”*.

No todo es negativo y también se han visto con buenos ojos alternativas que se han ido dando en los mercados; aunado al hecho de que con una buena disposición de todos los sectores, podemos revertir esta situación mediante otras alternativas que se exponen en doctrina para devolverle el lugar al derecho del trabajo que siempre debe tener.

Ejemplo de ello podemos citar el escenario que ha traído consigo el instituto de la responsabilidad social empresarial. Este instituto procura realizar una aceptación o un compromiso por parte de las empresas en relación con el impacto de su actividad en la sociedad, incorporando en su política y sistema de gestión, una actuación económica, social y de medio ambiente que aporte un valor agregado a la sociedad como medidas de cambio menos gravosas, que se somete a una valoración externa. Sin embargo, como todo acto este también tiene sus riesgos de que este instituto sea un mero instrumento de marketing social o sirva para justificar espacios de regulación al operar sin intermediación estatal ni imponerse vía negociación colectiva.

Como se indicó y aunado a lo anterior, el derecho del trabajo ha encontrado apoyo en tratados y convenios internacionales sobre

derechos humanos y sociales, donde algunos institutos laborales han adquirido “*rango de derechos humanos de valor universal*” como la libertad de trabajo, la no discriminación o la libertad sindical. Los problemas comunes a los que se enfrenta esta rama del derecho tienen que ver con la relación de trabajo y la implicación del trabajador, seguridad, desequilibrio de las partes del contrato o la función económica de la retribución del trabajo-dimensión colectiva.

Y es que el tema de la dignidad de la persona humana es central para este estudio en cuanto reviste un derecho fundamental. Rodríguez Piñero define, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, al derecho del trabajo como “*un “instrumento de protección de la dignidad de la persona, al entenderse esta como la cualidad consustancial inherente a la persona del trabajador, a no ser rebajado a un nivel material o mercantil, reconociendo una conexión genética entre la dignidad del trabajador y los derechos que se le reconocen, para determinar el alcance de la interpretación de las normas laborales y para asegurar su efectividad*”.

Esto se traduce en condiciones de trabajo sanas, seguras, limpias; ya que toda decisión empresarial basada en los poderes de gestión del patrono encuentra su límite en la dignidad del trabajador, su desarrollo personal y de su personalidad, y su intimidad.

Es menester concluir diciendo, en palabras de Rodríguez Piñero, que “*el derecho del trabajo es un derecho para las personas y sus fundamentos éticos y humanísticos no pueden desconocerse, no sólo persigue un re-equilibrio económico que evite o reduzca la explotación económica de los trabajadores, sino que postula que el ser humano no sea tratado como una cosa, objeto o mercancía, sino una persona libre y digna, en una relación contractual que no es solo de intercambio patrimonial, sino*

también de poder y sujeción, e incide en la persona del trabajador en su integridad y en su dignidad”.

De esas tratativas y los estudios de modelos, queremos resaltar el papel que han jugado los tratados y convenios internacionales, la globalización y el instituto de la descentralización productiva en esta ecuación, que no necesariamente ha sido una solución amigable o en beneficio de los trabajadores, como se verá.

Por ello, ante la amenaza de este capitalismo, se ha optado por buscar soluciones o alternativas que vengan a neutralizar un poco el conflicto existente. Los nuevos equilibrios de poder social, económico y político y los nuevos escenarios económicos vinculados a las transformaciones tecnológicas y organizativas y a la globalización, están generando nuevas ponderaciones de valores e intereses, en las que se pone en primer plano la competitividad de la empresa, los imperativos del mercado y los niveles de empleo, sobre los valores tradicionales de tutela del trabajo. Como se ha dicho, y lo menciona aún mejor Rodríguez Piñero, estos cambios más bien implican “*cierta reversibilidad o retroceso de precedentes conquistas laborales que se habían condenado irreversibles*”.

De acuerdo con el autor Albor Ángel Cantard, en su obra “Descentralización Productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/trabajador dependiente. Escenarios Futuros”, se indica que “*el derecho del trabajo, es un derecho joven nacido a finales del siglo 19 como un desprendimiento del Derecho Civil*”. Y se desprende del derecho civil porque este tiene su razón de ser en la autonomía de la voluntad, precisamente lo que el derecho laboral no podía aceptar como principio rector. Señala que respondió a un “*modelo*

de producción cuyo paradigma se asentaba en 3 elementos esenciales: empresario que domina el ciclo de producción (vertical), empresario en relación con otros empresarios en igualdad de condiciones y el trabajador típico con estabilidad en el empleo y con protección social”.

En sus inicios, y si se permite, hoy en día en nuestro país, el contrato de trabajo era/ es bilateral, sinalagmático, de prestaciones recíprocas, oneroso y con identificación de partes; con algunos matices ciertamente. Y se desarrollaba el concepto o elemento de subordinación, junto con otros como el de dependencia económica, habitualidad, sanciones, jornada, horario, salario, para determinar si estábamos frente a una relación laboral o un contrato de servicios profesional, tesis que hoy en día sigue la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, y se resguarda a nivel constitucional ya que se protege el derecho a un salario mínimo, una jornada laboral, vacaciones, a través de artículos como el 50, 56, 57, 58, 59 bajo el apartado de garantías que tiene el individuo como miembro de la sociedad.

Sin embargo, desde su origen, este se ha enfrentado, como ninguna otra rama, ha fuertes golpes por parte de las crisis económicas que han ocurrido en el mundo. Así, por ejemplo, se indica por la doctrina que la crisis del petróleo lo afectó incluso con cambios en su concepción aceptando negociaciones y reformas a la baja.

Y así sucesivamente ha tenido que luchar contra los cambios sociales y las crisis económicas tratando de cambiar y reformarse hasta llegar a un concepto muy en boga denominado descentralización productiva que en palabras de Cantard se define como: *“la forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios, mediante el recurso de la contratación de ciertos proveedores para*

ello, sea la exteriorización de una o varias partes del ciclo productivo”. Esta “nueva” versión lo que busca es la diversificación de la figura del empleador, lo que antes era terreno del mundo del trabajo pasó a formar parte más bien del mundo de la empresa; con la consecuencia inmediata de no ser más regulado por el derecho laboral.

Esta descentralización, entendida en los términos señalados supra, ha contribuido a cambiar la estructura del empleo, manifestada en el crecimiento del sector servicios y en la expansión de las tecnologías de la información, creando una inseguridad jurídica (saber a qué atenerse) y una inestabilidad en la posición jurídica del trabajador.

Mucho se ha criticado a este instituto, específicamente porque, como mucho de los nuevos escenarios, resta o disminuye en menor o mayor medida derechos esenciales o fundamentales que ha gozado el trabajador de antaño. Por ejemplo, se indica que esta forma no propicia que el trabajador conozca con certeza quien es su patrono, cuáles son sus derechos, quién es el responsable ante terceros y la posición de los usuarios o contratantes ante ellos, entre otros.

En nuestra opinión, esta es una forma utilizada comúnmente en las empresas, para brindar y satisfacerse de servicios complicados de manejar como la limpieza y la vigilancia, y resulta claro, desde nuestra óptica, que el responsable será aquel o aquella empresa que preste el servicio, desde un punto meramente civil.

La gran interrogante entonces se plantea en analizar quien debe responder, asegurar y hacer efectivo los derechos de los trabajadores de esa empresa que prestan sus servicios en otras empresas que no son su patrono, entendido como tal. Es claro que entre la empresa que contrata y la que

provee el servicio existe una relación típica comercial que no se rige por el derecho laboral y en la cual, las personas que prestan el servicio lo hacen en nombre y por cuenta de la empresa que sufre estos servicios, y ésta asume los riesgos del negocio. Si, por ejemplo, una persona sufre un accidente “laboral” en el centro donde presta su servicio, la empresa competente de responder por él, será aquella que lo contrató y no la empresa donde sucedió el evento ya que con ella no existe un contrato de trabajo (solo una relación comercial con su patrono), relación laboral que sí existe entre la empresa que presta el servicio a la empresa y la persona.

Tenemos que estos nuevos cambios han generado consecuencias de la más diversa índole generando una atomización del ciclo productivo descentralizando sus actividades, introduciendo el principio de división del trabajo y, en consecuencia, ya no hay relaciones de igualdad entre las empresas sino de subordinación, regidos por un contrato de servicios profesionales, conocido como “outsourcing”.

Cada vez vemos con mucho mayor detalle que las empresas buscan soluciones alternativas para hacerle frente a la rigidez del derecho del trabajo, que al parecer los afecta de una u otra manera, y por ello, ante este panorama, las empresas han apoyado reformas que se dirijan a la flexibilización o, más grave aún, a la des-regulación para satisfacer y responder a las nuevas necesidades y realidades sociales-económicas. Estas reformas serán mayor o menormente apoyadas y realmente puestas en práctica dependiendo del país, de la coyuntura, de la realidad e incluso del gobierno de turno donde se ejecuten.

Sobre ello Rodríguez Piñero ha indicado que “el mercado ha creado un área mundial de des-regulación que debilita los sistemas

de tutela y protección social y, en particular, los sistemas nacionales de regulación del trabajo”.

Y es que ante la falta de creación de puestos de trabajo y, en aras de facilitarlo, se han admitido, según el dicho de Rodríguez Piñero, “*modalidades contractuales caracterizados por su falta de estabilidad y precariedad relajando límites precedentes a los contratos temporales*”. Se han generalizado nuevas modalidades contractuales y más flexibles, sin protección contra el despido, para incrementar el número de empleos, facilitar el empleo a los desempleados y facilitar a las empresas un mayor número de opciones de empleos no estables. Es común en los países europeos el incremento de trabajos no estables y la tendencia empresarial a evitar trabajadores fijos para evitar la rigidez y protección del trabajo estable. Estos trabajos atípicos han facilitado a las empresas amplios espacios de flexibilidad, instituto que analizaremos de inmediato.

La flexibilización es definida por el autor Candale, de la siguiente forma: “*disminución de la protección clásica, con la finalidad de conseguir un rendimiento de la empresa y que disminuya el desempleo, y opera disminuyendo los derechos de los trabajadores o modificando la relación de fuentes...*”. La define también el autor Rafael Alburquerque en su obra “¿Se desploma el derecho del trabajo?”, como “*la necesidad de lograr un mercado de trabajo dominado por la autonomía de los actores sociales, empleadores y trabajadores, en que la heteronomía o intervención estatal, se reduzca a su mínima expresión*”.

Por su parte Rodríguez Piñero, señala que las propuestas de flexi-seguridad han puesto el acento en la “*reducción de la legislación protectora del trabajo y en la creación de espacios amplios de flexibilidad y de des-regulación*”.

Como se puede notar con mediana claridad, entre ambos autores existe una concepción muy similar por lo que se entiende por flexibilidad laboral, siempre entendiéndola como el desmantelamiento del tradicional derecho del trabajo, que es de carácter tuitivo.

Y es que esta modalidad ha sido la opción encontrada para dar respuesta a los nuevos fenómenos sociales que nos atacan, en especial a las preocupaciones que nacen por el creciente y acelerado desempleo que se sufre mundialmente, el cual ha llevado a la flexibilidad del clásico modelo del contrato de tiempo indefinido.

Lo que se ha hecho es, como respuesta a la gran cantidad de personas desempleadas, contratarlos bajo la figura de un contrato determinado aunque presten relaciones con duración indeterminada y de carácter permanente, para solventar la crisis del desempleo.

Incluso se ha ido más allá con variantes a lo que se conocía, en el sentido de aceptar conceder mayor potestad al patrono en el ejercicio del *ius variandi*, con modalidades como cambio geográfico del lugar del trabajo, traslados de puestos, eliminar toda intervención del Estado en la fijación de salarios mínimos, ajustar horarios, y más grave aún, derogación de las sumas que el patrono paga por concepto de seguridad social, entre otros.

Han existido también movimientos en cuanto a cambios en la terminación del contrato de trabajo, los cuales bajo el amparo de esta flexibilización, enuncian cuestiones como reducción de los costos del despido, disminución del importe de las indemnizaciones por pagar, despido con justa causa se sustituye por un despido libre, anualización de prestaciones, y eliminación de prestaciones por un seguro de desempleo.

En nuestra opinión consideramos que algunas de estas variantes se decantan más por un *ius variandi* abusivo, en los términos en que lo ha adoptado nuestra jurisprudencia. Es así como la resolución número 2008-004111 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, señala:

“III.- El ius variandi, el ius variandi abusivo y las reubicaciones o reestructuraciones en el sector público. En doctrina, normativa y jurisprudencia se reconoce la facultad del empleador para variar las condiciones del contrato de trabajo, facultad conocida como *ius variandi*, siempre que con ello no se perjudique al servidor, pues de hacerlo, ello constituye lo que se conoce como uso abusivo del *ius variandi*; es decir, el ejercicio de esta facultad se encuentra sujeto a ciertos límites para evitar un uso irrestricto y arbitrario. La Sala ha definido que las discusiones sobre la procedencia o no de las modificaciones son asuntos de mera legalidad que deben ser discutidas en la vía ordinaria correspondiente (...), siendo que el único interés que puede tener para esta jurisdicción analizar estas modificaciones son aquellos casos donde se reclaman variaciones en la relación de empleo -imputables a órganos o servidores públicos-, que sean abierta y claramente arbitrarias, sea que se trate de una modificación sustancial de las circunstancias de tiempo y lugar en que se desempeña el interesado, una degradación en sus funciones o bien, un rebajo sustancial del salario devengado, pues en esos casos se lesionaría en perjuicio del servidor el derecho a su estabilidad laboral. Punto importante a los efectos de este amparo lo es la reubicación, sea del lugar en donde el trabajador presta sus servicios, o sea del puesto que ocupa el trabajador en el organigrama de la institución -debido a una reestructuración-. Este cambio de lugar -llamado también traslado-, encuentra sustento en la facultad del empleador de

modificar las condiciones en que se prestan las funciones, y se entiende lícito en el sector público cuando existen motivos que lo justifiquen en aras de cumplir con los principios fundamentales del servicio público –artículo cuatro de la Ley General de la Administración Pública-, siendo arbitrario cuando no es posible determinar la existencia de motivos legítimos para su adopción –por lo que existe el deber de fundamentar la decisión de traslado-, o cuando se dispone un descenso en la categoría o salario del trabajador sin otorgarle oportunidad de defensa -debido proceso-. Por su parte, cuando la reubicación sea ya no por cambio de lugar sino por cambio de puesto en la escala organizativa, debe haber existido previamente una reestructuración debidamente aprobada. Fuera de estos supuestos, el empleador tiene facultad para variar las condiciones del contrato de trabajo, no correspondiendo a esta jurisdicción conocer de tal variación por tratarse de asuntos de mera legalidad que deben ser discutidos en la vía ordinaria correspondiente...”.

El tema que se ha ignorado con la implementación de estos institutos es que, como lo explica el autor Rodríguez Piñero, *“la creciente precarización de los empleos genera desigualdades crecientes que empobrecen la calidad de los trabajos, generando fenómenos de exclusión social”*.

De hecho, el derecho del trabajo no puede limitarse a proteger jurídicamente a los trabajadores activos sino también a los que no tienen trabajo, más allá de la protección social de la situación de desempleo, y debe buscar una comunidad de fines entre unos y otros y re-equilibrar la protección del trabajador en la relación laboral. Esto para evitar lo que sucede en algunos escenarios y que es tratado por Rodríguez Piñero, *“que el desempleado sea tratado como una mera mercancía de reserva disponible y*

permanezca indefenso ante las exigencias de los mercados”.

El gran tema es que, a raíz de las medidas que se establecen en aras de recuperar la economía y eliminar déficit fiscales, las propuestas implican revisiones a la baja de reglas laborales, el pensamiento económico imperante contempla al trabajador como un mero factor de producción, como una mercancía y desconoce el significado de trabajo para la persona, tanto como fuente de dignidad y satisfacción como medio para cubrir sus necesidades personales y familiares, ignorando que puede ser fuente de explotación y frustración. El crecimiento del desempleo y la necesidad de medidas de ajuste, produjo un fenómeno de desmovilización, incluso de pánico, que limita las acciones solidarias y posibilidades de movilización. Al final, se busca el equilibrio entre las dos partes para evitar excesos de autoritarismo empresarial para no ver al trabajador como una mercancía y que se le trate como tal.

La economía y el derecho no pueden ponerse en el mismo plano conceptual. El trabajo desde la perspectiva empresarial es, bajo la óptica de Rodríguez Piñero: *“un necesario factor de producción, y la regulación laboral canaliza la forma de uso y de explotación del trabajo humano, y legitima el ejercicio jurídico de poderes que se ejercen sobre la persona del trabajador”*.

En Costa Rica, en razón de crisis económicas suscitadas o de fenómenos naturales acaecidos (caso empresas en Cinchona), se tuvieron que dar algunos ejemplos de flexibilidad laboral (contratos por tiempo determinado, reducción de jornadas, teletrabajo, jornada 4x3, entre otras) para responder ante estos fenómenos, señalando que de lo contrario sería imposible conservar los puestos de trabajo, y de ahí que incluso se promulgaran leyes en esos sentidos.

Sin embargo, como lo señala la doctrina, hasta el día de hoy, no aparecen estudios concluyentes que muestren si estas modalidades han contribuido eficazmente a la disminución del desempleo.

Esta flexibilidad tiene clasificaciones, puede ser impuesta por el Estado, puede ser incondicional, condicionada, jurisprudencial, interna o la preocupante la encubierta. También tiene fundamentos teóricos que se dividen en económicos y tecnológicos-productivos.

Como ha sido analizado, las tendencias flexibilizadoras intentan dar a la autonomía de la voluntad un papel más importante, al que se concibe en el tradicional derecho del trabajo ya sea mediante la flexibilización, adecuar el derecho laboral a las nuevas tendencias; o bien, mediante la des-regulación, tendencia a derogar norma del derecho laboral. Esta des-regulación es muy peligrosa y preocupante ya que, es concebida por Alburquerque, como *“la extinción del derecho del trabajo y el retorno del antiguo arrendamiento de servicios dominado por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes”*.

Ante este panorama, un país tiene tres opciones frente a estos fenómenos: negarla (concepción tradicional), aceptarla (neoliberalismo); o, buscar una tendencia negociada. En nuestra opinión tal parece que nuestro país se decantó, con la nueva ley procesal laboral, por la negación. Consideramos, que la opción intermedia, de negociación, es la más viable para evitar desempleo – huida de empresas – competitividad; mostrando al mundo que respetamos los derechos laborales pero no a ultranza. Debemos respetar unos mínimos siempre, entendidos estos como aquellos que regulen y den preferencia al contrato indeterminado, sin eliminar la opción de contratos de duración determinada donde se

respeten derechos y garantías, capacitación profesional, reducción de jornada, ingreso mínimo garantizado, regulación internacional y un respeto y protección de los derechos humanos de los trabajadores. El Estado no debe ser un ente protector únicamente de las relaciones laborales, sino que también debe mantener sistemas de protección para aquellos individuos que se encuentren desempleados, así como sistemas que permitan la reinserción de los mismos al mercado laboral para cumplir con su principal obligación de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país.

Ahora es menester revisar el papel de la globalización frente al derecho laboral y en respuesta a los nuevos fenómenos sociales. Señala Alburquerque, respecto a las grandes transformaciones que se experimentan en América Latina, que *“es la globalización que hace que los países requieran aumentar su capacidad de competir internacionalmente pero en condiciones en las que buena parte de las decisiones económicas que antes podían adoptarse con cierto grado de autonomía, ahora son interdependientes de la situación internacional”*. Continúa diciendo que *“es la liberación de los mercados de bienes y servicios la que trae consigo un papel más preponderante de ajustes en la asignación de los recursos, acompañado de un proceso de des-regulación y, como consecuencia, por la redefinición del papel y los instrumentos de intervención del Estado.”* Por último, concluye el autor: *“es la democratización de los regímenes políticos, lo que promueve junto con la revitalización de las libertades públicas, el fortalecimiento de las organizaciones sociales y el desarrollo del diálogo y la negociación colectiva entre los actores como forma de institucionalizar y procesar divergencias de intereses y conflictos”*. La globalización en el empleo y con protecciones, y, empresario que domina el ciclo de producción tiene su razón ante una crisis laboral

En palabras de Rodríguez Piñero, la globalización ha producido una *“cierta estandarización de las actitudes y valores relativos al trabajo con el trasfondo común de revisión crítica a la baja de las reglas tradicionales del derecho del trabajo”*. De ahí la dificultad para el derecho del trabajo de continuar asegurando, en una economía globalizada, su función de tutela y de garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores.

No se puede perder de vista que este fenómeno que obliga a los países a unirse a procesos de integración económica y a la desintegración nacional repercute sobre la relación laboral y el mercado de trabajo. Al respecto, se indica que la persistencia de los altos índices de desocupación que ha traído consigo la globalización, se combate únicamente con eficacia *“si se ataca a fondo la rigidez proteccionista que caracteriza al derecho del trabajo”*.

Sobre este fenómeno es menester agregar que ni el legislador, ni la negociación colectiva pueden garantizar por sí mismos, según lo esboza Rodríguez Piñero, *“el mantenimiento de niveles satisfactorios de condiciones de trabajo y de salarios ante las exigencias de la competencia económica; esa incapacidad para responder desde la dimensión nacional, estatal y colectiva a los desafíos de la globalización y asegurar la efectividad de los derechos sociales constitucionalmente obliga al derecho del trabajo a adaptar sus instrumentos, incluidos frente a los de auto-tutela colectiva, a la dimensión supranacional, y elevar al nivel en que se diseñen las políticas nacionales de derecho del trabajo”*.

Ante ello es necesario el establecimiento de unos estándares internacionales de derechos y reglas laborales que condiciones y protejan los derechos del trabajo nacionales, evitando su retroceso frente a las exigencias de

quienes defienden la des-regulación de los mercados.

Sobre ello cabe enunciar que una nueva dimensión del derecho del trabajo ha de ser la fijación a escala mundial de unos, según Rodríguez Piñero con buen tino, *“estándares mínimos de reglas de trabajo, compatibles con el desarrollo y la eficacia económica, mediante una armonización de los principios laborales mínimos comunes a nivel internacional para suprimir prácticas laborales explotadoras y condiciones de trabajo inhumanas, mediante el reconocimiento internacional de derechos fundamentales en materia laboral, adaptables a la variedad de los ordenamientos laborales nacionales, entre esos está la libertad de trabajo, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de discriminación en materia de empleo”*.

Sobre esa misma línea, es imperativo mencionar que no todo es tan escalofriante ya que también hay tesis de reacción, específicamente del norte industrial, el cual ha levantado la bandera de institutos como la cláusula social en los convenios internacionales que obedece a seguir un respeto por los derechos fundamentales; y, a los códigos de conducta que buscan de igual manera el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo.

En cuanto a los códigos de conducta y en conexión con la responsabilidad social que citamos, nos indica Rodríguez Piñero que: *“está la adopción de códigos de conducta especialmente para las empresas multinacionales que ha suscitado la asunción voluntaria de compromisos sociales en materia de trabajo, reflejadas con frecuencia en códigos de conducta cuya puesta en práctica voluntaria ha demostrado, en la práctica de la OIT, pasos importantes para*

la erradicación del trabajo forzoso, del trabajo infantil, de la discriminación racial o de género, o del reconocimiento de los derechos sindicales...”.

Albuquerque parece no decantarse por la cláusula social y la tilda de: *“un poderoso instrumento en manos de las naciones desarrolladas para tratar de aniquilar las ventajas comparativas que en el intercambio de bienes y servicios, disfrutan hoy los países desarrollados”.* Aunque no podemos perder de vista que como se han desarrollado los eventos, pareciera ser que el comercio y los derechos fundamentales de los trabajadores caminan en senderos paralelos pero independientes y en sentido contrario unos de otros.

La realidad impuesta por una economía globalizada es totalmente diferente, las ventajas comparativas de las naciones subdesarrolladas en el ámbito laboral sirven como palanca en la atracción de capitales y, en la lucha contra la desocupación. Pero, al mismo tiempo, como lo dice bien Albuquerque: *“un país que desconociera los principios y derechos fundamentales de los trabajadores estaría practicando un dumping social en perjuicio de los competidores, y, lo que es más grave, sustentando su desarrollo en el trabajo forzoso, en la utilización de la mano de obra infantil y en la ausencia de la libertad sindical”.*

Sobre este tema en particular, Rodríguez Piñero también señala que *“se trata de asegurar que la liberación de los intercambios económicos no se haga al precio de condiciones de vida y trabajo inaceptables, por lograrse ventajas competitivas nacionales basadas en la explotación de los trabajadores”.*

Reaparece el instituto del dumping social de forma más intensa y sofisticada en la medida en que en el mercado global operan como elemento valorable de competitividad, el

menor coste salarial, la reducción de derechos y de la protección social. Esa reducción de costes laborales se logra mediante procesos de des-localización, de re-estructuración y de descentralización y sub-contratación, que inciden directamente en los empleos; como lo hemos analizado supra.

Veamos dos ejemplos muy puntuales para analizar la cuestión planteada supra. Costa Rica es un país que se vende al mundo como una nación que promueve el respeto a los derechos fundamentales y laborales, y es “víctima” de la rigidez de la legislación laboral pero se publicita como un país con mano de obra cara y especializada y así ha logrado una ventaja comparativa (y competir) basado en una forma legal, proteccionista y amante de los derechos laborales, y le ha resultado (se me podría cuestionar el caso de INTEL o de BANK OF AMERICA). Sin embargo, China se ha decantado por un modelo de explotación de mano de obra barata para atraer fábricas como NIKE-ADIDAS, las cuales aprovechan dicha situación, sin importar que trabajen mujeres y niños largas jornadas y horarios exhaustivos, sin prácticamente ningún respeto por derechos fundamentales en materia laboral, todo con miras de abaratar sus costos de producción, en “beneficio” de China ve incrementada su demanda de trabajo y con ello crea espacios y puestos de trabajo basados en esa modalidad.

Ello nos hace pensar que existen modelos distintos que no nos ayudan a arribar a una conclusión armoniosa o a decantarse por uno u otro modelo; lo que sí podemos concluir es que es viable competir bajo estándares de calidad, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y no necesariamente aceptar la tesis de ventajas comparativas inspiradas en la reducción, al punto de anulación-inexistencia, de derechos laborales, como única forma de competir en el mercado internacional.

Y es que este tema nos hace plantearnos una serie de interrogantes sin respuesta.

Por ejemplo, la globalización y la apertura de mercados unida a la tendencia integracionista (otrora defendida por Bolívar y Martí) nos hace cuestionarnos, según lo indica Alburquerque, “*¿si es factible competir entre países cuyos costos sociales son tan desiguales*”. Y es que este tema supone una ventaja competitiva, incluso de mobbing/dumping social, para el país que paga barata la mano de obra y quien la ofrece en esos términos, ocasionando una especie de “castigo” a aquel país con estándares mínimos y fuertes de protección laboral.

Y este fenómeno, comúnmente conocido, ha despertado el interés en las grandes potencias de resguardarse, especialmente en los acuerdos de libre comercio, exigiendo la suscripción de cláusulas donde se estipule la obligación de respetar ciertos mínimos sociales. En la mayoría de tratados se ha buscado incorporar principios fundamentales en materia de trabajo tales como erradicación del trabajo forzoso e infantil (casos de mineros) y se impulsa la libertad de negociación colectiva. Sin embargo este tema no ha acabado felizmente ni tampoco ha escapado de la crítica ya que ha sido atacado por posiciones, mayoritariamente de países en vías de desarrollo, que consideran que es una forma de proteccionismo disfrazado por parte de las grandes potencias.

Por su parte la OIT también ha hecho su análisis al respecto, indicando que conforme a la declaración sobre los principios y derechos fundamentales del Trabajo (Conferencia 1998), todos los Estados miembros se comprometen a: “*respetar y promover las normas internacionales que postulan la abolición del trabajo forzoso, la erradicación progresiva del trabajo infantil y la abolición inmediata de las peores formas de trabajo infantil, la igualdad de trato y de oportunidades, la libertad sindical y la negociación colectiva*”.

Este fue un gran tema con ocasión de la negociación y puesta en práctica del TLC

con Estados Unidos, ya que nuestro país tenía estándares sumamente altos en su legislación laboral en contraposición a las paupérrimas legislaciones laborales de sus vecinos centroamericanos y ello, claramente, evidenció un problema de difícil solución.

Ante todo este panorama complicado y sin respuesta, los juristas laboralistas tienen una tarea de suma importancia de amoldar el derecho ya que las reglas laborales han de tener en cuenta las exigencias de la economía y del mercado, al mismo tiempo que conviven con valores y principios del derecho de trabajo (que deben permanecer ya que vienen desde su inicio). Ya que si hay algo cierto en todo esto es que el derecho del trabajo, como ningún otro, “*ha demostrado su excepcional capacidad para adaptarse a las nuevas situaciones políticas, económicas y sociales sin renunciar a su función de instrumento de justicia social*”.

Ello significa, en otras palabras, que la función del ius-laboralista debe centrarse en darle un camino viable a los cambios laborales, para que “*el proceso de revisión y de modernización del derecho del trabajo no implique un debilitamiento de sus valores y principios originarios, aunque se introduzcan innovaciones en el que, sin alterar su sustancia, lo adapten a nuevas situaciones de trabajo, del sistema de empresas y de la economía y a unos mercados que requieren mayor flexibilidad y capacidad de ajuste de la empresas*”.

Difícil tarea cuando muchos de los problemas que nos aquejan nos han venido importados ya que las políticas laborales nacionales se encuentran sometidas a los condicionamientos que derivan de políticas económicas importadas y a los vínculos de la competencia internacional. Como era antes en Costa Rica, que dependíamos enteramente de afuera (exportación café-banano), ahora ello toma aún mayor importancia pero a efectos de analizar lo

fuerte que significa la influencia internacional en el derecho del trabajo.

Así lo analiza Rodríguez Piñero al establecer que *“en la dialéctica derecho/mercado no se trata de reducir derechos para ampliar mercado erosionando la calidad del trabajo y del empleo, sino de asegurar los valores profundos del derecho del trabajo, las libertades, garantías y derechos del trabajador como trabajador y como persona, en un mercado globalizado que opera en un sistema económico abierto y altamente competitivo, y que atraviesa una difícil coyuntura”*.

Corresponde al derecho del trabajo corregir los desequilibrios que hemos enunciado, mediante un modelo que potencie la devolución del equilibrio en cuanto a las tutelas para generar mayor protección y acceso a los derechos, incluyendo los de protección social para los trabajadores no estables. El objetivo bajo esta tesitura no es de reducir prerrogativas empresariales sino de canalizarlas y controlarlas evitando su uso antisocial de la libertad de empresa y del principio de la autonomía de la voluntad. El derecho del trabajo ha de corregir los fallos redistributivos del mercado y condicionar decisiones organizativas empresariales que afectan a trabajadores pero respetando el interés legítimo empresarial a la consecución de unos objetivos económicos en el ejercicio de la libertad de empresa, evitando un uso irracional o desmedido de la misma.

En palabras del autor Rodríguez Piñero, el derecho del trabajo *“ha de proteger el puesto de trabajo existente frente al despido injustificado, al mismo tiempo que protege el acceso al empleo y la empleabilidad del desempleado promoviendo un funcionamiento más dinámico del mercado de trabajo, creando servicios efectivos de*

empleo y concediendo derechos vinculados al estatuto del desempleado como trabajador en potencia”.

Continúa diciendo el autor, quien concluye este tema de manera magistral que *“un derecho del trabajo más atento a la realidad de ese mercado ha de evitar que la protección del empleo regular y estable se haga a costa de la desprotección de un amplio número creciente de trabajadores carentes de derechos y garantías, mediante reformas para facilitar la creación de empleo y también y también lograr un mercado de trabajo menos dual y más equilibrado, fomentando el mayor uso del empleo estable, haciéndolo más atractivo para las empresas introduciendo mayores mecanismos de flexibilidad en el desarrollo de la relación laboral y en el momento de la extinción del contrato de trabajo”*.

Rodríguez Piñero citando a Zappala, señala que *“un derecho del trabajo con vocación del futuro debe cumplir una función de racionalización y de control de los poderes empresariales y del uso adecuado de la flexibilidad, seleccionando lo realmente necesario para el sistema de empresas y evitando lo inútil, superfluo o injustificadamente perjudicial para los trabajadores y para el empleo”*.

En síntesis consideramos que el derecho del trabajo se ha venido degradando en sus institutos más rígidos para tratar de ayudar a solventar las crisis a las que ha tenido que enfrentarse sin morir completamente. Definitivamente el futuro, gracias a la globalización, es que el derecho laboral se vaya amoldando a las nuevas relaciones laborales y sociales bajo la protección de tratos y convenios internacionales que refuercen aquellos institutos primordiales en respeto a los derechos fundamentales.

Es por ello que el derecho del trabajo requiere, en palabras de TREU, “nuevos enfoques, que debe ser más selectivo en sus prioridades, menos protector y más proactivo, menos exclusivo y excluyente, y más conectado con políticas sociales, el mercado de trabajo y las instituciones sociales”.

Se pone de manifiesto que estos nuevos enfoques no pueden implicar un rompimiento de sus elementos consustanciales, entre los que el derecho del trabajo debe seguir siendo su elemento identificador, y concluimos en palabras de HEPPLE, “evitando un uso antisocial de la libertad de empresa en las relaciones de trabajo, en un compromiso permanente entre la tutela del trabajador, su seguridad económica, su libertad y su dignidad y el funcionamiento de la empresa sin trabas injustificadas y razonables, teniendo en cuenta la función eminentemente integradora del derecho del trabajo”.

BIBLIOGRAFÍA

- Alburquerque, R. (2003). ¿Se desploma el Derecho del Trabajo?. En Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano (39-52). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Costa Rica*. 2013. Visto el día 26 de abril de 2015. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=871&strTipM=TC.
- Baylos Grau y Pérez Rey. (Sin fecha) *Economía, Sociedad y Política de Despido*. Editorial Trotta.
- Bravo-Ferrer y Rodríguez-Piñero. (2011) *El Derecho del Trabajo y las Relaciones Laborales ante los Cambios Económicos y Sociales*. España. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Cantard (A). *Descentralización productiva. Impacto sobre las tradicionales formas de contratación y sobre el binomio trabajador autónomo/ trabajador dependiente. Escenarios futuros*. Argentina. Inédito.
- De Sylva, (S). (2001) **¿Es la globalización la razón de los problemas socioeconómicos nacionales?** Geneva. Organización Internacional del Trabajo.
- Mellado, (C). *Globalización y Relaciones laborales: la individualización. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Número 10. 2014.
- Organización Internacional del Trabajo. *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo*. 1998. Visto el día 26 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia 2008-04111*. 2008. Visto el día 26 de abril de 2015. Disponible en: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=413225&strTipM=T&strDirSel=directo.