

HACIA LA TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL ESQUEMA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL

OSCAR ZAVALA GAMBOA*

I. Introducción

Desde la segunda mitad del siglo XX, el derecho del trabajo es objeto de críticas que ponen en entredicho su naturaleza misma, pues en muchos casos ha sido instrumento para disminuir la protección de los trabajadores, poniéndolos en situaciones de empleo precario, o complicando el acceso al empleo y facilitando al despido; situaciones contrarias a la función de nuestra disciplina jurídica que sumado a la ineficiencia de las instituciones del derecho colectivo del trabajo y de las autoridades laborales, dejan ver un panorama complicado para la clase trabajadora.

El derecho laboral debe buscar el equilibrio entre los factores de la producción, tratando de obtener la igualdad de las partes y salvaguardando los intereses legítimos de cada una, pero teniendo en cuenta que el trabajador pone en juego intereses de naturaleza humana, mientras que los del empleador son preponderantemente económicos.¹

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, somos testigos de verdaderas transformaciones que han sufrido las relaciones individuales de trabajo y los contratos laborales.² Estas modificaciones se sujetan a los cambios económicos, sociales y tecnológicos en los que los seres humanos estamos siendo partícipes y que no se detendrán, por el contrario,

* Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la UNAM. Secretario Técnico de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. ozavalagamboa@derecho.unam.mx

¹ Hacemos hincapié en la expresión "preponderantemente económicos", ya que gran parte de los centros de trabajo son propiedad de pequeños empresarios que prácticamente su vida entera se encuentra dedicada a su actividad profesional.

² Véase: Zavala Gamboa, Oscar, "La transformación del contrato individual del trabajo en el derecho laboral mexicano", en *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del Lavoro e sulle Relazioni Industriali, Volumen 1, No. 3, julio-septiembre, Italia, 2013, pp. 79-97.

seguirán apareciendo dando al derecho laboral la obligación de regular dichas problemáticas para mantenerse acorde a su razón de ser y satisfacer las necesidades para las cuales fue creado.

Las tendencias del derecho laboral dependen de región a región, y en muchos casos de país a país.³ Lo importante es establecer criterios uniformes de protección a los trabajadores que se vean reflejados en los ordenamientos y permitan salvaguardar los derechos mediante la exigibilidad que se tenga de éstos.

Siguiendo este orden de ideas, en el presente trabajo buscamos presentar algunas reflexiones sobre la forma en que el derecho laboral debe proteger a los trabajadores ante nuevas modalidades de contratación laboral, buscando centrarnos en un marco general que se incursione en las propuestas que debaten en los últimos años.

Todos estos esfuerzos forman parte del futuro del derecho laboral que no debe olvidar su función, por lo que tiene la obligación de adecuarse a la necesidad de protección de los trabajadores, y más importante todavía, dejar de justificar o “regular” figuras contractuales que ponen a los trabajadores en situaciones claramente desventajosas.

II. El papel de la regulación laboral

Las relaciones laborales en México son formalmente rígidas,⁴ pues es la forma en que la legislación del trabajo pretende regular el vínculo entre trabajadores y empleadores. Sin embargo, en el campo de los hechos, la legislación laboral mexicana demuestra la ausencia de un marco jurídico adecuado ante los nuevos retos del derecho del trabajo, a pesar de la última reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT)⁵ en la que se trataron de modificar diversos aspectos del esquema de contratación individual. Aún así la rigidez se queda en la legislación, ya que en la realidad encontramos modelos flexibles de relaciones de trabajo no regulados en la ley, con algunas referencias en los criterios jurisprudenciales.

México había sido vanguardista en la protección de los trabajadores mediante el establecimiento de derechos sociales en su Constitución, pero hoy en día, el derecho laboral mexicano está lejos de representar un ejemplo para alguna otra legislación.

³ Cfr., Mangarelli, Cristina, “Tendencias del derecho del trabajo”, *Gaceta Laboral*, Vol. 15, No. 1, Venezuela, 2009, pp. 87-100.

⁴ Bouzas Ortiz, Alfonso, “De la flexibilidad laboral a la flexiseguridad laboral”, en Bouzas Ortiz, Alfonso (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, UNAM, México, 2010, p. 103.

⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012.

Caso contrario el ocurrido en la legislación comparada, donde se ha buscado regular la problemática que nos ocupa, aunque no necesariamente con efectos benéficos para los trabajadores. De igual forma, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) realiza una importante labor al establecer criterios fundamentales en la concepción del *trabajo decente*⁶ —concepto incorporado en la última reforma a la LFT— como la forma deseable en que debe prestarse la mano de obra para un empleador.

En ese sentido, instrumentos como la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*,⁷ debe ser atendida por cualquier sistema de regulación laboral para ofrecer a los trabajadores una adecuada perspectiva de protección antes las nuevas necesidades del mercado de trabajo. Esta Declaración retoma como antecedente los principios de la Declaración de Filadelfia, proponiendo un seguimiento constante de la normatividad internacional propuesta por la OIT en sus Convenios fundamentales, particularmente el caso de los países que no han ratificado dichos instrumentos.

Uno de los problemas al que nos enfrentamos con la inadecuada regulación de las nuevas modalidades de contratación laboral, es la exclusión de grupos sociales que no sean considerados acordes para el mercado de trabajo. Por ejemplo, existen graves problemas de discriminación en el trabajo que no sólo generan un vínculo laboral precario, sino en muchos casos, ni siquiera éste existe, lo que dificulta el acceso a un empleo, terminando en la aceptación de una fuente de trabajo en condiciones inferiores a las establecidas por la ley. Aunque esto no necesariamente ocurre de esta manera, pues hay ejemplos en los que una “contratación atípica” representa el único medio para acceder a una fuente de trabajo.

Los contratos atípicos de trabajo son la más clara muestra de la modernidad que ha rebasado al derecho del trabajo. La regulación laboral seguirá estando lejos de las necesidades de la sociedad, los cambios económicos y los avances de la tecnología, pues precisamente son éstos los que demandan una adecuación de los regímenes laborales. El gran problema es que los empleadores han buscado disminuir las prestaciones laborales con la intención de salvaguardar los intereses de las empresas,

⁶ El trabajo decente, término propuesto por la OIT, es esencial para el bienestar de las personas. Además de generar un ingreso, el trabajo facilita el progreso social y económico, y fortalece a las personas, a sus familias y comunidades. Pero todos estos avances dependen de que el trabajo sea trabajo decente, ya que el trabajo decente sintetiza las aspiraciones de los individuos durante su vida laboral. Ver: Programa de Trabajo Decente de la OIT, <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang-es/index.htm> (Fuente consultada el 30 de mayo de 2011).

⁷ Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT en su octogésima sexta reunión, Ginebra, Suiza, 18 de junio de 1998.

sin tomar en consideración el costo social que a futuro será mucho mayor y más difícil de reparar.

Desde nuestra perspectiva el papel de la regulación, en relación a las nuevas modalidades de contratación laboral, tiene los siguientes retos:

- ♦ Adecuarse a las necesidades de la sociedad, respecto de las variaciones en el mercado de trabajo.
- ♦ Establecer esquemas de contratación individual que no precaricen los derechos de los trabajadores y que sean atractivos a los empleadores en los ámbitos de productividad y competitividad.
- ♦ Considerar que si bien, la flexibilización de la legislación laboral no es necesariamente inadecuada, tampoco es el justificante para precarizar a la prestación del trabajo.
- ♦ Contemplar una serie de medidas compensatorias para trabajadores, ante el establecimiento de medidas que flexibilizan la legislación laboral.
- ♦ Procurar y promover la contratación de trabajadores en modalidades más ajustadas a la tipicidad.
- ♦ Respetar y atender las perspectivas de análisis de la OIT en materia de contratación individual de trabajadores.

En nuestra opinión, la regulación laboral —particularmente en nuestro país— podría considerar estas situaciones, para establecer un marco jurídico apropiado. Estas propuestas no son resultado de ningún ejercicio creativo de nuestra parte, ni buscan dar al derecho del trabajo nuevos retos, lo que se hace es tratar de sistematizar y organizar lo propuesto en la legislación comparada respecto de este tema. Todos estos retos por cumplir en la regulación son resultado de debates que se han desarrollado en los últimos años y muchos de ellos ya aparecen atendidos en diversas legislaciones nacionales.

No queremos decir que la regulación laboral es *mágica*, ni que en ella debemos centrar todas las esperanzas, pues siempre la realidad superará a los sistemas normativos de cualquier naturaleza. Lo importante es identificar los problemas, tratando de ofrecer soluciones, aunque lo más importante —y esto sí es propio de las normas jurídicas— es ofrecer a los

trabajadores las herramientas idóneas para exigir el cumplimiento de sus derechos.

III. Una protección especial o particular

Lejos ha quedado aquel esquema de contratación laboral que tomaba como punto medular al tiempo indeterminado y cuyas modalidades eran simples. En la actualidad, la diversidad de contratos laborales inunda los mercados de trabajo, donde los trabajadores se enfrentan a modalidades contractuales que en incontables ocasiones escapan de la naturaleza misma del derecho laboral.

Los contratos de trabajo requieren de una regulación específica que ofrezca a los trabajadores una protección particular ante las nuevas modalidades contractuales que en la mayoría de los casos, se caracterizan por la precariedad en ocasiones manifestada con la inestabilidad del trabajo.

Esta protección particular requiere de la existencia de un nuevo esquema de contratación individual que permita la convergencia de los derechos de los trabajadores, con las facultades y necesidades de los empleadores. El esquema clásico ya no es apropiado en la actualidad y ante las nuevas formas en que se están produciendo bienes y servicios.

El profesor Carlos Reynoso Castillo señala que el futuro esquema de contratación laboral esta guiado por los siguientes principios: ⁸

- ◆ El equilibrio entre los factores de la producción.
- ◆ El contrato de trabajo debe ser la primera expresión jurídica de una relación laboral que permita garantizar un *trabajo decente*.
- ◆ El esquema de contratación individual debe ofrecer al empleador mecanismos que le permitan privilegiar el empleo como factor fundamental en el desarrollo de la empresa.
- ◆ El esquema de contratación individual ha de contar con la claridad necesaria que evite la inaplicación de los derechos sociales.

⁸ Reynoso Castillo, Carlos, "Hacia un nuevo esquema de contratación individual", en Bouzas Ortiz, Alfonso (coord.), *Propuestas para una reforma laboral democrática*, UNAM, Grupo Parlamentario del PRD, México, 2007, p. 57.

Bajo estos principios, se pueden considerar dos modalidades de contratación individual: una que fomente a la contratación por tiempo indeterminado, mediante el otorgamiento de beneficios a los empleadores que recurran a esta modalidad; y otra que regule a la contratación individual en necesidades excepcionales (inherentes al trabajador, al empleador o a las características del trabajo), tratando de establecer un sistema de *numerus clausus* de las circunstancias en que puede recurrirse a las modalidades excepcionales.⁹

Al respecto, Reynoso Castillo hace propuestas interesantes al referirse a un esquema de contratación que busque privilegiar a las modalidades típicas de trabajo, y establecer un catálogo definido de circunstancias excepcionales que permitan recurrir a modalidades de contratación atípicas. Es decir, el esquema de contratación no debe combatir a los nuevos contratos de trabajo, o tratar de hacerlo; lo importante es que estas situaciones se encuentren reguladas. El problema no es la existencia de nuevos contratos de trabajo —lo que es hasta normal por las características de nuestra disciplina— sino la nula o inadecuada regulación del derecho laboral.

El contrato de trabajo —particularmente en su expresión escrita— es la institución deseable para otorgar a los trabajadores esa anhelada salvaguarda y reconocimiento de sus derechos laborales; desafortunadamente es una figura que se encuentra en serios predicamentos por las agresiones de que ha sido objeto, por la falta de regulación y actualización, y por la errónea concepción de los empleadores sobre la preferencia de modificar el *factor trabajo* dentro de los modelos de producción. El contrato de trabajo o parece no existir, o es utilizado para fines muy diferentes a los que debe procurar.

Para otorgar la protección especial necesaria, los esquemas de contratación individual deben verse fortalecidos por la noción de la *relación laboral*, y una nueva conceptualización del mismo contrato de trabajo que involucre la aceptación de nuevas modalidades contractuales y la actualización de los conceptos que forman parte de éste.¹⁰

La protección del empleo ha dejado de considerar a la *cantidad* como la principal preocupación, ya que en la actualidad la *calidad* del empleo tiene una necesidad especial,¹¹ donde la protección particular a los tra-

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Morales Ramírez, María Ascensión, "La desformalización interna del contrato de trabajo en México", en Kurczyn Villalobos, Patricia (Coord.), *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?*, México, UNAM, 2003, p. 54.

¹¹ *Cfr.*, Ermida Uriarte, Oscar, "Caractères, tendances et perspectives du droit du travail en Amérique Latine", en *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Burdeos, Francia, 2007, p. 49.

bajadores debe buscar centrar, con mayor fuerza, sus intenciones en la creación de normas laborales apropiadas que mantengan niveles de protección adecuados.

La mejor forma de lograr una protección especial o particular, es el establecimiento de mecanismos que verdaderamente equilibren a los factores de la producción. No queremos señalar a los empleadores como los culpables de una situación de desigualdad, pero debemos tomar en consideración que han sido las necesidades de éstos, las diferencias del costo de mano de obra, las modificaciones del mercado de trabajo, así como la existencia de legislaciones bien diferentes en cuanto al grado de protección que otorgan, las impulsoras en la disminución de las prestaciones laborales de los trabajadores con un alto costo social. Los empleadores tiene todo el derecho de proteger su inversión y buscar beneficios, siendo la autoridad la que tiene la obligación de establecer mecanismos que hagan congeniar los objetivos y necesidades de los sujetos de la producción.

IV. El ejemplo de la flexiseguridad

La Comisión de las Comunidades Europeas presentó el 22 de noviembre del 2006 en Bruselas un documento denominado *Libro Verde* con la temática "*Modernizar al Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*"¹² (de ahora en adelante nos referiremos a este documento como el *Libro Verde*). En dicho documento se establecen los objetivos y las finalidades de implementar la modernidad del derecho laboral europeo, tomando en consideración las tendencias económicas que ya eran una realidad en ese año y que se fueron agravando con el paso del tiempo.

Cabe señalar que la Comisión de las Comunidades Europeas no ha dejado de ser objeto de importantes críticas¹³ y comentarios respecto del tema central de su postura, pues ésta se basa en la incursión del término *flexiseguridad* como un nuevo enfoque de relación laboral que hace armonizar la flexibilidad laboral (modificación en la relación de trabajo que

¹² Disponible en internet en el sitio: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0708:FIN:ES:PDF>. (Fuente consultada el 20 de noviembre de 2010).

¹³ Una de las críticas más severas es la expresada por la Confederación Europea de Sindicatos en la posición tomada por su Comité Ejecutivo en la reunión del 20 y 21 de marzo de 2007 en la ciudad de Roma, donde se manifestaron opiniones en favor de la no reducción de los derechos y las condiciones de trabajo. Al respecto ver: Confederación Sindical de Comisiones Obreras, *Un mercado laboral Europeo emergente con una fuerte dimensión social*, XI Congreso de la Confederación Europea de Sindicatos, cuadernos internacionales de información sindical, Madrid, España, 2007. Asimismo, véase Gorelli Hernández, Juan, "Crítica a la flexiseguridad", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 16, enero-junio de 2013, México, UNAM, pp. 51-82.

implica una adecuación del trabajador a las necesidades de la empresa) con la seguridad del empleo (certeza jurídica acerca de la estabilidad en el empleo y prestaciones laborales).

En ese tenor, organismos como la OIT, han hecho referencia a la misión y responsabilidad que adquiere la Comisión en la problemática planteada, pues el término *flexiseguridad* es por demás polémico en muchos ámbitos: “Los políticos enfrentan el desafío de regular un mercado laboral que evoluciona rápidamente en el contexto de una economía globalizada. ¿Escucharán ellos el llamado a aprobar una mayor flexibilidad frente a lo que con frecuencia es presentado como rigidez del mercado, es decir protección y legislación del empleo, poder de negociación de los sindicatos, sistemas de bienestar generosos y altos impuestos al trabajo? ¿O se inclinarán por un modelo de “flexiseguridad” que propone nuevas maneras de equilibrar la flexibilidad y la seguridad en relación al empleo, los ingresos y la protección social? La OIT promueve un modelo de “flexiseguridad” que requiere pero también estimula altas tasas de empleo. El comportamiento del empleo será insatisfactorio si no hay empresas competitivas capaces de ajustar su fuerza de trabajo a las condiciones del mercado. Sin embargo los altos niveles de flexibilidad no resolverán el problema por si solos, a menos que los trabajadores tengan suficiente seguridad sobre sus empleos e ingresos, a través de reconstrucción intensiva, programas activos del mercado laboral, y respaldo de sus ingresos, lo cual podría motivarlos a aceptar mayor movilidad y flexibilidad, y a facilitar su adaptación. El diálogo entre gobiernos, trabajadores y empleadores para discutir estas políticas es esencial para poner en marcha modelos de flexiseguridad”.¹⁴

Lo que busca el *Libro Verde* es, como ya se hizo mención anteriormente, congeniar a la flexibilidad con la seguridad, con la intención de adaptar el derecho laboral a las tendencias económicas que afectan al mercado de trabajo, donde se requiere de una mayor capacidad de respuesta que desafortunadamente la concepción tradicional de derecho del trabajo no proporciona. Lo anterior se puede lograr si aterrizamos ambas nociones y obtenemos una sola que permita la evolución de esta disciplina jurídica, de tal manera que existan variantes a la visión clásica de los contratos de trabajo. Con ello, en teoría, tendremos la suficiente capacidad de afrontar diligentemente a las exigencias de una sociedad sumida en la crisis económica.

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, el *Libro Verde* concibe a la *flexiseguridad* como: “La posibilidad de combinar distintas formas de flexibilidad y de seguridad en materia de empleo, para reforzar,

¹⁴ Véase el documento completo publicado en el sitio de Internet de la OIT: http://www.ilo.org/global/Themes/Employment_Security/lang-es/index.htm, (Fuente consultada el 30 de julio de 2009).

de manera equilibrada, la capacidad de adaptación de los trabajadores y empresas, al mismo tiempo que se les protege de los riesgos. Así pues, la *flexiseguridad* es algo más que el mero equilibrio entre la flexibilidad externa y los sistemas de seguridad social. Cuanto más flexible sea el contrato, menor será la seguridad en el empleo y, por tanto, mayor ha de ser la protección (protección social, carrera profesional asegurada o seguridad profesional durante toda la vida activa)".¹⁵

Lo anterior resulta interesante, pues nos muestra el equilibrio deseable que debería existir entre las nociones de flexibilidad y de seguridad, ya que la posición europea está encaminada a la modernización del derecho laboral sin dejar cabos sueltos, en el sentido de que no por hacer más flexibles los contratos laborales se debe tener inseguridad en el empleo.

Desde el punto de vista de la organización empresarial, el *Libro Verde* señala la necesidad de innovar a las empresas para satisfacer las necesidades del mercado (p. 5). Dichas innovaciones están ligadas al avance tecnológico, el crecimiento de los servicios, la intensificación de la competencia y la evolución en la demanda que realizan los consumidores de bienes y servicios; es por ello, que las empresas tienen la necesidad económica de contar con instituciones más flexibles para estar en condiciones de responder a los anteriores planteamientos.

La flexibilización se debe dar en el marco contractual, pues como analiza el *Libro Verde* (p. 5), el hecho de que los contratos de trabajo tengan cláusulas exageradamente protectoras a los trabajadores, inhibe la contratación de las empresas en época de prosperidad; pues le resulta mucho más factible a un empleador tratar de afrontar la situación con sus trabajadores disponibles, que contratar nuevos y sujetarse a una rigidez contractual establecida en la ley (p. 6). Esta afirmación tiene bastantes matices que pueden ser discutibles, pues como lo hemos mencionado, la inexistencia de una flexibilidad en la legislación laboral, no implica que ésta no exista en el campo de los hechos.

En concreto, el *Libro Verde* plantea que la función principal del empleador es allegarse de elementos que le permitan organizarse para producir de manera eficaz y eficiente (tomando en cuenta las dificultades del mercado). Las necesidades de las empresas en el ámbito de la mano de obra, se refieren a la incursión de modelos contractuales atípicos o clásicos flexibles (p. 8) que permitan atraer y retener la mano de obra más diversificada, es decir más ajustada a la flexibilidad.

¹⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el "Libro Verde-Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI", realizado el 30 de mayo del 2007 en Bruselas. Dicho dictamen fue aprobado por 140 votos a favor, 82 en contra y 4 abstenciones. Véase el documento completo en <http://eescopinions.eesc.europa.eu>

En todo esto, lo que es innegable es la decadencia de la industria típica, donde *la gran fábrica* —basada en las cadenas de montaje, una clase obrera industrial concentrada tanto en su lugar de trabajo como en comunidades o barrios obreros— tiende a desaparecer; las enormes manufacturas son remplazadas por una serie de pequeñas empresas que van de la industria casera hasta fábricas de alta tecnología dispersas en el campo y en la ciudad. Estas unidades de producción son más flexibles y autónomas, y se especializan en funciones más específicas. Esta mayor flexibilidad, si bien permite una más rápida respuesta frente las variaciones del mercado, origina una situación de gran inestabilidad para las empresas y para sus trabajadores, la mayoría de los cuales son contratados sin contemplar obligaciones sociales.¹⁶

- ♦ La profesora Sylvaine Laulom,¹⁷ realiza una interesante sistematización de la flexiseguridad contenida en el Libro Verde, al señalar como cuatro los puntos distintivos contenidos en estas propuestas:
- ♦ Modalidades de trabajo flexibles (para el empresario y para el trabajador) gracias a las legislaciones laborales que autoricen modalidades de trabajo suficientemente flexibles.
- ♦ Políticas activas en el mercado laboral que ayuden eficazmente a los trabajadores a hacer frente a los cambios rápidos, a los periodos de desempleo y a las transiciones hacia nuevos empleos.
- ♦ Sistemas fiables y adaptables a la formación y educación a lo largo de la vida, encaminados a garantizar continuamente la capacidad de adaptación y la capacidad de empleo de los trabajadores.
- ♦ Sistemas modernos de seguridad social que convienen la necesidad de facilitar la movilidad en el mercado laboral y un complemento adecuado de los ingresos, en particular, mediante la eliminación de todas las restricciones a la movilidad de los trabajadores.

Así, hemos analizado la posición general que la Unión Europea plasma en el *Libro Verde*. La modernización del Derecho Laboral es sin lugar a dudas un tema importante, no sólo para Europa, sino en las repercusiones

¹⁶ Ramos Ponce, María Guadalupe, "Derechos sociales, precariedad laboral y exclusión social en el marco de la globalización", en Ruiz Moreno, Ángel Guillermo (Coord.), *El derecho social en México a inicios del siglo XXI. Una visión en conjunto*, Porrúa, México, 2007, p. 270.

¹⁷ Laulom, Sylvaine, "El enfoque comentario del concepto de flexiseguridad", *Relaciones laborales. Revista de teoría y práctica*, Núms. 15-16, Año XXIII, Madrid, España, 2007, p. 44.

que puede tener en las relaciones laborales mundiales. El *Libro Verde*, si bien dirige sus consideraciones y sus propuestas al ámbito de la legislación laboral, está concebido más bien como un instrumento de análisis y apoyo para el desarrollo de la política de empleo y de recursos humanos en el contexto de la Europa comunitaria,¹⁸ y aunque el análisis se refiere a las problemas laborales de la comunidad europea, lo cierto es que también podemos encontrarlos en otras partes del mundo.¹⁹

La importancia de los planteamientos del *Libro Verde* es de considerarse, ya que en muchos casos la concepción hecha por la Comisión de la Comunidades Europeas no es compartida. En nuestra opinión, el *Libro Verde* es un buen intento para proteger a los trabajadores que se encuentran bajo relaciones laborales atípicas, sin embargo, lo deseable sería que la protección se encaminará, más bien, a la eliminación de la precarización en la prestación del trabajo y no al ofrecimiento de una especie de *indemnización* por la prestación del mismo, consideración que fundamenta las críticas a la noción de flexiseguridad.

V. El Estado frente al trabajo atípico

La función del Estado es sumamente importante en la regulación de la problemática que ha generado la aparición de las nuevas modalidades de contratación laboral. Si bien los empleadores tienen cierta responsabilidad en el cambio de los sistemas de producción, junto con las necesidades empresariales; lo cierto es que son las políticas económicas y sociales las que propician el entorno demandante de estas adecuaciones, lo que es responsabilidad del Estado.

Hemos dicho hasta la saciedad que los cambios económicos, sociales y tecnológicos son la pauta para que las relaciones de trabajo, y más concretamente los contratos de trabajo, modifiquen sus estructuras a otras desconocidas. Siguiendo estas consideraciones y desde nuestra perspectiva, corresponden al Estado las siguientes funciones frente al trabajo atípico:

a) La creación de un marco jurídico adecuado. Para que los derechos de los trabajadores se encuentren respaldados en los ordenamientos y por lo tanto formen parte del derecho positivo; siendo el tema de las reformas laborales fundamental en esta función.

¹⁸ García Murcia, Joaquín, "El Libro Verde europeo sobre el derecho laboral", en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 126, Núm. 1-2, Ginebra, Suiza, 2007, p. 121.

¹⁹ *Ibidem*, p. 122.

Hoy en día, los tiempos han cambiado ante los nuevos escenarios de globalización, los movimientos sociales y la implementación de avances en la tecnología; por lo que el derecho laboral mexicano se ha quedado muy atrás en la regulación de estas “novedades” que empiezan a poner en serios predicamentos a la naturaleza y razón de ser del derecho del trabajo, in que la última reforma a la LFT haya representado una modificación sustancial en el importante esquema de contratación individual.

Seguimos teniendo un desarrollo más significativo en el derecho civil y mercantil, lo que ocasiona que figuras de esas disciplinas jurídicas sirvan para ocultar relaciones laborales, sin que el derecho del trabajo ofrezca alguna herramienta de protección adecuada.²⁰

La reforma laboral “integral” no deberá subsumirse únicamente a la LFT, pues ésta requiere la reforma y adecuación de las leyes en materia de seguridad social, de las disposiciones fiscales en materia de trabajo, de los códigos civiles que han servido para encubrir relaciones laborales, y en general, de las disposiciones que regulan la prestación del trabajo en sus diferentes ámbitos.

Evidentemente, la legislación laboral no es la única que forma parte un sistema jurídico, pero sí es la que otorga las herramientas necesarias para que la doctrina pueda seguir proponiendo, y los criterios jurisprudenciales puedan seguir interpretando. Mientras la legislación laboral no se adecue apropiadamente, no tendremos lo necesario para proteger a los trabajadores. Decimos *adecuación apropiada*, porque hasta el momento, en la reforma laboral mexicana, no se dio algún aspecto que contemple una amplia gama de la pluralidad de contratos laborales, sin que con esto digamos que una legislación laboral para ser buena necesite un catálogo interminable de contratos, pues como lo mencionamos en su momento, hay contratos que ni siquiera están contemplados en un ordenamiento laboral. Lo importante es establecer los derechos mínimos de los trabajadores ante las nuevas modalidades de trabajo, cosa que no ocurrió.

Hay que hacer la aclaración que en muchos países, aunque haya habido una modificación a las normas laborales y a otros ordenamientos, no se han dado los resultados esperados,²¹ incluso se suele decir que dichas modificaciones son la expresión de la *desregulación* del derecho del trabajo, con consecuencias tales como el mantenimiento de las elevadas

²⁰ Al respecto: Zavala Gamboa, Oscar, “Encubrimiento de relaciones de trabajo en México. Comentario de legislación y jurisprudencia”, *Revista Iurisdictio del Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado de México*, No. 2, 2012.

²¹ Por ejemplo el caso de España, *Diario El País*, 03 de mayo de 2011.

tasas de desempleo, el aumento de la informalidad y la migración.²² Lo que es claro, y aunque está comprobado que ninguna modificación a los ordenamientos laborales, por si sola genera empleos,²³ también es verdad que es un buen intento de hacer frente a la problemática generada por los nuevos contratos de trabajo, que no vamos a detener y por lo tanto tenemos que afrontar.

b) Establecimiento de medidas compensatorias. Por medio de políticas sociales, entendiendo por éstas a “las acciones a través de las cuales el Estado intenta proporcionar asistencia directa a los ciudadanos para elevar sus niveles de vida”. La naturaleza “directa” de la asistencia es fundamental, ya que puede considerarse que muchas otras políticas (como por ejemplo la monetaria y la de comercio exterior) también mejoran el bienestar, pero funcionan en forma indirecta. Las políticas directas también pueden consistir en gasto público (educación, salud, transferencias condicionales de efectivo, vales para comida, ferias de salud) o legislación (el mandato de aportar a los sistemas de pensiones, seguros médicos y seguro de desempleo).²⁴

La idea anterior es un buen ejemplo sobre en qué deben consistir las políticas públicas-sociales que contengan medidas compensatorias para los trabajadores ante la flexibilización de las normas laborales. En nuestra opinión, estas compensaciones deben darse en dos ejes:

- ♦ Acceso al empleo.- Establecer mecanismos que ayuden a los trabajadores a insertarse en el mercado de trabajo formal, con la creación de políticas de empleo incluyentes, programas efectivos de formación profesional, incentivos a las empresas que generen empleos estables y creación de servicios de empleo eficientes.
- ♦ Seguro de desempleo.- Si las medidas de flexibilización a la legislación laboral significan facilidad en el tema de despido, es necesario crear un seguro de desempleo²⁵ que sea acorde a las necesidades del país. No se trata de establecer una herramienta para las personas que no quieren trabajar, se trata de establecer un mecanismo que ayude a las personas

²² Cfr., Bermúdez Alarcón, Katerine, “¿Cómo debe responder el derecho del trabajo al trabajo del futuro?”, en Bouzas Ortiz, Alfonso (Coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, UNAM, México, 2010, p. 82.

²³ Véase: Rey Romay, Víctor, *México: decadencia industrial e intento de reforma laboral*, Breviarios de Investigaciones Económicas, IIE-UNAM, México, 2009.

²⁴ Pagés, Carmen (Ed.), *La era de la productividad. Cómo transformar las economías desde sus cimientos*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, Estados Unidos, 2010, p. 217.

²⁵ Sobre este tema, desde la perspectiva latinoamericana: Velásquez Pinto, Mario, *La protección frente al desempleo en América latina*, CEPAL, Santiago de Chile, 2005.

que han perdido su fuente de trabajo, a incorporarse lo más pronto posible y de la mejor manera al mercado de trabajo.

Por ese motivo, las reformas hacendarias propuestas por el Ejecutivo Federal que prevén la creación de una prestación mediante la Ley del Seguro de Desempleo, resultan importantes como parte de un política de empleo y fortalecen a la reforma a la LFT.

c) Es necesario fomentar la creación de empleo formal. La informalidad tiene un alto índice en las economías nacionales, por lo menos en Latinoamérica. El Estado debe fomentar la incorporación de las empresas que se encuentran en la informalidad a los sistemas de protección social, pues si bien el trabajo informal no es novedoso, lo cierto es que la mayoría de las fuentes de trabajo de esa naturaleza se prestan con una enorme precariedad y desprotección social para los trabajadores. Con esto queremos señalar que el trabajo informal podría considerarse como una forma atípica de prestación del trabajo que requiere atención especial.²⁶

Con estos elementos, reflejados en la regulación de las nuevas formas de contratación laboral, tendremos los elementos mínimos para ofrecer a los trabajadores un entorno adecuado para hacer frente a la problemática de las nuevas formas de contratación laboral. No queremos decir que esta sea *la solución*, pues la realidad es que todavía no se ha creado una alternativa que convenza a todos los interesados, pero esa es la función del derecho del trabajo y a eso debe dar respuestas para justificar su existencia y lo necesario de su actualización.

Conclusiones

Las tendencias del Derecho del Trabajo deben apuntar hacia adecuaciones que permitan la protección de los trabajadores ante escenarios cada vez más agresivos contra los derechos laborales. Con esto no queremos decir que las tendencias *flexibilizadoras* del derecho del trabajo sean inadecuadas en todos los casos, pero tampoco debemos ignorar la precariedad laboral que generan algunas de ellas con su ejercicio desmedido, lo que resulta ser el verdadero problema de su implementación.

Hay que aceptar que la noción de subordinación —históricamente aceptada para determinar la existencia de una relación laboral— ha dejado de ser suficiente para esos efectos y muy fácil de manipular en los es-

²⁶ Véase: Reynaud, Emmanuel y Supiot, Alain (Coords), *Protección social y trabajo decente. Nuevas perspectivas para las normas internacionales de trabajo*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, España, 2006. En donde se analizan las perspectivas de la protección social, con un apartado específico para la prestación de la seguridad social a los trabajadores del sector informal.

quemas de contratación individual. Es necesario buscar otros mecanismos para la determinación del vínculo jurídico-laboral, como podría ser el caso de analizar la relación de trabajo, desde la perspectiva de los poderes del empleador. Esta es una tesis que sostenemos y proponemos como funcional en el sistema jurídico mexicano. El artículo 20 de la LFT –ni siquiera considerado en la reforma laboral– requiere de una reestructuración que permita concebir al vínculo jurídico-laboral, más allá de la simple noción de subordinación.

Bibliografía

BOUZAS ORTIZ, Alfonso (coord.), *Perspectivas del trabajo en México*, México UNAM, 2010.

ERMIDA URIARTE, Oscar, “Caractères, tendances et perspectives du droit du travail en Amérique Latine”, en *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité social*, Bordeaux, Francia, 2007.

GARCÍA MURCIA, Joaquín, “El Libro Verde europeo sobre el derecho laboral”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 126, Núm. 1-2, Ginebra, Suiza, 2007.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Crítica a la flexiseguridad”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 16, enero-junio, México, UNAM, 2013.

LAULOM, Sylvaine, “El enfoque comentario del concepto de flexiseguridad”, *Relaciones laborales. Revista de teoría y práctica*, Núms. 15-16, Año XXIII, Madrid, España, 2007.

MANGARELLI, Cristina, “Tendencias del derecho del trabajo”, *Gaceta Laboral*, Vol. 15, No. 1, Venezuela, 2009, pp. 87-100.

MORALES RAMÍREZ, María Ascensión, “La desformalización interna del contrato de trabajo en México”, en Kurczyn Villalobos, Patricia (coord.), *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?*, México, UNAM, 2003.

PAGÉS, Carmen (ed.), *La era de la productividad. Cómo transformar las economías desde sus cimientos*, Estados Unidos, Banco Interamericano de Desarrollo, 2010.

REY ROMAY, Víctor, *México: decadencia industrial e intento de reforma laboral*, México Breviarios de Investigaciones Económicas, IIE-UNAM, 2009.

REYNAUD, Emmanuel y Supiot, Alain (coord.), *Protección social y trabajo decente. Nuevas perspectivas para las normas internacionales de trabajo*, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, España, 2006.

REYNOSO CASTILLO, Carlos, "Hacia un nuevo esquema de contratación individual", en Bouzas Ortiz, Alfonso (coord.), *Propuestas para una reforma laboral democrática*, UNAM, Grupo Parlamentario del PRD, México, 2007.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo (coord.), *El derecho social en México a inicios del siglo XXI. Una visión en conjunto*, México, Porrúa, 2007.

ZAVALA GAMBOA, Oscar, "Encubrimiento de relaciones de trabajo en México. Comentario de legislación y jurisprudencia", *Revista Iurisdictio del Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado de México*, No. 2, 2012.

—, "La transformación del contrato individual del trabajo en el derecho laboral mexicano", en *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del Lavoro e sulle Relazioni Industriali, Volumen 1, No. 3, julio-septiembre, Italia, 2013, pp. 79-97.