

Después del neoliberalismo: Cambio político y Derecho del trabajo

Wolfgang Däubler, Universidad de Bremen, Alemania

1. Introducción

Cuando he dicho a algunos colegas alemanes que voy dar una conferencia sobre el derecho del trabajo despues del neoliberalismo me han preguntado: ¿ Dónde es? ¿En que pais del mundo? El mercado y el neoliberalismo son omnipresentes; ¿ Son idealistas, los organizadores?

He aceptado con placer la invitación de venir a Uruguay. En los países de Europa, el coraje de pensar un futuro alternativo y mas aceptable para los trabajadores casi ha desaparecido. Hay que andar en China para detectar una sociedad que pretende tener una visión, la así llamada sociedad de armonía.

¿ Porqué esta falta de ideas, este pesimismo en Europa, sobre todo en Alemania ? A mi juicio, es una consecuencia de las experiencias de los ultimos 20 años

2. El derecho laboral bajo presión

La apertura de los mercados genera una gran presión que requiere una reducción de costes. Una posibilidad muy importante es la reducción del personal y un trabajo mas intenso de los que continúan. Menos protección en materia laboral abarata mercancías y prestaciones.

Aparte de la protección contra el despido, se considera especialmente gravosa la negociación por niveles, porque fija de una manera mucho más contundente que el Derecho laboral estatal los costes laborales reales.

Junto a tales demandas político-jurídicas, existen ya en la actualidad numerosas posibilidades prácticas de reducir de forma drástica la protección en materia laboral o de eliminarla: se da el trabajo, por ejemplo, a personas que organizan su propia actividad y que por ello son consideradas autónomas. El empleador se convierte así en un cliente, que puede ahorrar la totalidad de la carga social –alrededor de un 45 % de los costes de la mano de obra. También el trabajo a duración fija evita la protección contra el despido. Los trabajadores temporales ganan al promedio alrededor del 40% menos que los empleados fijos que estén en la misma situación¹. En las llamadas condiciones laborales normales permanecen solo dos tercios de los empleados, un tercio posee una situación menor².

La apertura de los mercados da la oportunidad a muchas empresas (mucho más que en el pasado) de trasladar al extranjero parte de su producción. En las negociaciones con el consejo de empresa o el sindicato, este asunto se utiliza como argumento de gran peso. Se utiliza también cuando en realidad el sentido común económico abogaría por permanecer en territorio nacional.

¹ Datos más detallados en Martin, *AuR* (revista: Arbeit und Recht) 2004, 247; Walwei, *EuroAS* (revista: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht) 2002, 161 y ss.; Wank *NZA* (revista: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 2003, 16

² Estadísticas en Blanke *KJ* (revista: Kritische Justiz) 2004, 5 y ss.

El crecimiento de la economía europea occidental se ha estancado. Ante las condiciones descritas y los avanzados procesos de racionalización, el desempleo aumenta. Esto no es sólo una desgracia para los afectados, sino que además lleva consigo que una parte de los empleados pueda ser reemplazada en cualquier momento por un trabajador o trabajadora del ejército de reserva. Actividades no deseadas por el empleador y libre expresión de ideas se convertirán, por tanto, en algo excepcional.

Otra estrategia, que naturalmente no sólo tiene que ver con los costes laborales, es la “externalización” de determinadas funciones, la contratación de terceros para servicios o manufactura (“outsourcing”). La propia mano de obra pierde su puesto de trabajo. En el mejor de los casos se encuentra en una sociedad filial con peores condiciones, normalmente se convierte en un demandante de empleo –como se suele decir.

La autonomía colectiva se ve acosada de muy diversas formas, y es que va en aumento el número de empresas a las que no se les aplica convenio colectivo alguno. Una manera es la salida de la asociación empresarial. Otra forma es la de crear nuevas empresas, - p. e., en el ámbito del arriba mencionado “outsourcing” -, que naturalmente no se afilian a ninguna asociación. En un entorno o marco condicionante especialmente negativo es posible pactar convenios colectivos que en casos aislados tienen prevista una retribución horaria de 4,00 € e incluso menos³. El nivel de vida básico requiere por lo menos una retribución

³ Véase p. e. los salarios tarifados en el ámbito de la floristería en el estado de Sachsen-Anhalt: 4,39 € como el más bajo, y 8, 11€ en el grupo salarial superior. Véase *WSI-Tarifhandbuch* 2005, p. 147. Los peluqueros pertenecientes al grupo salarial inferior ganan en Sachsen 3,09 €. Los del grupo intermedio unos 3,86 y los del grupo superior (expertos) 10, 08 € (vid. *WSI- Tarifhandbuch* 2005, p. 149). Las cifras no han cambiado hasta 2007

horaria de 6.50 € - estas personas ganan menos que ellos que no pueden trabajar.

Las líneas de comportamiento que aquí se han esbozado se acentúan con un programa neoliberal: bajos salarios fijados en convenios mediocres o en el contrato de trabajo, son la mejor condición que conduce a nuevas contrataciones y con ello a la reducción del desempleo. También puede verse reforzada la posición en el mercado internacional mediante unos costes de empleo menores.

3. ¿Márgenes políticos?

¿Cómo reacciona el Derecho laboral ante tales desafíos? Desde el punto de vista jurídico tradicional, corresponde en primer lugar al legislador presentar una solución. Algunos han comprendido que las decisiones ya no son tomadas únicamente al nivel nacional. Piden mejores normas comunitarias y también internacionales. Si las propias fuerzas no son más suficientes para un cambio de la situación, el Estado y las organizaciones internacionales deben intervenir.

El legislador y las organizaciones internacionales no se mueven, sin embargo, con total independencia. Más bien han de considerar los condicionantes políticos con el fin de no sufrir una pérdida de legitimidad permanente. Hablando claramente: cuando una huelga general de un día tiene lugar en Francia o Austria, o cuando en Alemania –siempre más moderada- se manifiestan 500.000 personas, son acontecimientos que ningún responsable sensato encargado de tomar decisiones puede ignorar. Precisamente la propia evolución del Derecho laboral muestra que la actuación política no sólo consiste en ganar elecciones y mesas

de negociaciones, o sentarse en el sillón del poder durante un período de tiempo o en fijar normas. Mas importante es lograr condicionantes, tal y como actualmente se viene expresando en movimientos sociales, en manifestaciones y huelgas, en una palabra, en todo aquel movimiento que se opone a peores condiciones de vida. El sillón del poder puede ser una condición favorable para el cambio, pero no es jamás suficiente.

¿Tienen realmente los interlocutores diferentes alternativas políticas aún cuando la presión económica parece demasiado fuerte? Creo que sí. A veces sirve echar un vistazo al pasado.

Las bases del Derecho laboral alemán se establecieron tras la Primera Guerra Mundial: libertad de asociación, autonomía colectiva, consejos de empresa y la protección contra el despido conformes a la ley del consejo de empresa del año 1920. La situación económica entre los años 1918 y 1920 era más bien delicada y convulsa. Sin embargo, no se veía salida alguna a la misma en la reducción de salarios y en la supresión de derechos, sino en la construcción de la democracia. También la disposición de repartir el cada vez menor volumen de trabajo entre más personas, era algo muy extendido: las horas extraordinarias necesitaban de la aprobación del gobierno y quien como empresario aceptara trabajo extra sin autorización, cometía un delito⁴. Hoy día uno sería tachado de iluso si demandara algo semejante.

Retomemos el problema principal. También tras la Segunda Guerra Mundial la situación económica era auténticamente desoladora. Sin embargo, la legislación y en parte también la política de negociación colectiva crearon los derechos de cogestión en Alemania. El fin de la

⁴ Más detalles en Buschmann/Ulber, *Arbeitszeitgesetz. Kommentar*, 5ª Edición., Frankfurt/Main 2007, Grundzüge des Arbeitszeitrechts en núm. marg. 2; Scharf, *Geschichte der Arbeitszeitverkürzung*, 1987, p. 365 y ss., y p. 399 y ss. (sobre la práctica de la autorización).

Segunda Guerra Mundial también trajo a otros países europeos un cambio democrático en las relaciones laborales, como sucedió en Portugal tras la Revolución de los Claveles del año 1974, aún cuando la desesperante situación que alcanzó la guerra colonial en Angola y Mozambique no contribuyera al florecimiento de la economía portuguesa.

La posible prioridad de la política en relación con la economía se ve igualmente en otros ejemplos menos dramáticos. En Francia, bajo el mandato del gobierno conservador, la jornada laboral semanal fue por término medio de 35,9 horas a comienzos de 2004⁵, mientras que en Alemania y desde hace muchos años, se trabaja en conformidad con los convenios colectivos en todos los sectores una media de 37,5 horas. La duración real es ahora cercana a las 42 horas semanales.⁶ Material ilustrativo ofrece también el derecho laboral esloveno. Nadie se atreverá a afirmar, que las empresas eslovenas se habrían librado de la enorme competencia de los mercados globalizados. También allí un empresario podría estar jugando con la idea de trasladar su producción a la vecina Croacia, donde los salarios son, como mucho, la mitad de la de los eslovenos. Con todo, se ha aprobado una nueva ley sobre relaciones laborales que, entre otras cosas -tanto en el derecho de protección contra el despido como en el derecho a la jornada laboral- trata mejor a los empleados que el propio derecho alemán vigente⁷. Así se ha fijado por ley una media de 37,5 horas por semana; al mismo tiempo, se han limitado las horas extraordinarias a 20 al mes y a 180 al año.

⁵ Más información en www.emploi-solidarite.gouv.fr en marzo de 2004. Datos actualizados en www.temps.travail.gouv.fr

⁶ Bauer y Munz, WSI-Mitteilungen (revista) 2005, 42

⁷ Vid. detalles en Däubler *AuR* 2003, 129 y ss.

¿ Cómo se explican estos ejemplos? Los empresarios eslovenos afirman que la mano de obra es el capital más importante de la economía al que se debería proteger⁸. Esto remite al hecho de que los salarios y las condiciones de trabajo no sólo son un factor de coste (y aparte de eso, un estimulante para la demanda en el mercado de consumo) sino un medio para crear las condiciones del trabajo productivo, algo que presupone una identificación con el cometido. Este aspecto cualitativo de la política laboral tiene el inconveniente de que no se va a cuantificar. Sin embargo, no hay duda de que esta dimensión se da en la realidad y no echar cuenta de esto entrañaría consecuencias negativas graves.

A esto se añade lo siguiente. Una sociedad sólo puede existir de forma duradera sobre la base de un amplio consenso en determinados valores elementales. A ello hay que sumar -como dicta la tradición europea-, un trato humano con los trabajadores, algo que ha quedado claramente demostrado con ese reconocimiento de los derechos fundamentales en el puesto de trabajo⁹. Esto último adquiere, no obstante, poca importancia cuando no existe ninguna protección contra el despido y el “exponente de los derechos fundamentales” puede ser “desterrado” del contexto empresarial, en cualquier momento, como individuo no grato. La sensibilidad a estas cuestiones se expresa de manera distinta en cada uno de los Estados europeos.

En resumen: los márgenes políticos existen y se debería contar con ellos.

4. El Derecho laboral de futuro

⁸ Ros, The development of employers' associations in Slovenia, *SEER* (revista: South East European Review) 2/1999, p. 163

⁹ Otro planteamiento tienen en USA, donde los derechos fundamentales en el puesto de trabajo juegan un papel sólo excepcionalmente. Véase el instructivo artículo de Finkin, *Menschenbild: The Conception of the Employee as a Person in Western Law, Comparative Labor Law & Social Policy* 23 (2002), p. 577 y ss.

Hay en Europa respuestas bien conocidas a estos desafíos. El derecho del trabajo tiene que incluir a todas las personas formalmente independientes, pero socialmente dependientes de un empleador. Queremos una igualdad de trato consecuente para empleados atípicos – un principio realizado en derecho comunitario solamente para los trabajadores a tiempo parcial y para los trabajadores con contratos a tiempo determinado. Queremos una posibilidad de participar en el outsourcing experiencia únicamente realizada en Suecia. Todo esto suena razonable, pero a duras penas resulta suficiente para satisfacer los desafíos actuales. Déjenme por eso que les haga algunas propuestas para la futura configuración del Derecho laboral. Algunas ya se han discutido, otras, sin embargo, entran en campo desconocido. La perspectiva en la cual se ponen estas propuestas es, por supuesto, una economía de mercado, pero sus reglas son determinadas por el Estado, por el poder político.

4.1. Empresas en situación de dificultad económica

Si la empresa se encuentra en dificultades económicas, la plantilla tendrá que estar dispuesta, por regla general, a realizar sacrificios económicos con el fin de sacar el barco nuevamente a flote. En estos casos se propone la suscripción de un convenio de empresa.

No escapa a la vista, sin embargo, que es únicamente el trabajador el que sufre pérdidas, mientras los bancos continúan siendo atendidos correctamente y los directivos reciben muy posiblemente tras la superación de la crisis un porcentaje extra. En el derecho de los EEUU existe un modelo de “comunidad de sacrificios”¹⁰ que aparece con el título de “Chapter 11”: en una situación de emergencia económica, junto a los trabajadores, también tienen que renunciar a

¹⁰ En este mismo sentido, véanse las recomendaciones de Dieterich/Hanau (et.al.) *RdA* (revista: *Recht der Arbeit*) 2004, 68

sus derechos los directivos, accionistas y acreedores. En Japón está muy extendido este tipo de prácticas. Así se pudo leer hace dos años, que las retribuciones de los directivos de Mitsubishi habían sido recortadas drásticamente al igual que se había hecho con las percepciones de los empleados¹¹. Lo importante de esto es que el sacrificio es algo pasajero. Si la operación tiene éxito -si p.e. la inversión extranjera reporta grandes beneficios-, por lo menos se tiene que haber vuelto a la situación inicial. En el ámbito del plan de pensión de empleo el derecho alemán requiere una solución analoga: un recorte de las expectativas o de las pensiones presupone también aportaciones del resto de los implicados de la empresa¹². Más tarde será posible un reajuste compensatorio. Un otro ejemplo es el despido modificativo con rebaja salarial, que sólo está legal cuando sin esta medida se pierden puestos de trabajo. Además el empleador tiene que presentar un plan de saneamiento que también incluya las aportaciones potenciales de otros acreedores¹³. ¿Porque no sería posible de generalizar este principio?

4.2. La deslocalización de la producción

Si solamente se trata de que a una empresa con beneficios le vaya aún mejor -p.e. mediante el traslado de sus puestos de trabajo hacia países con mano de obra barata-, es más que legítimo evitar cualquier sacrificio y asegurar los puestos de trabajo. Tan sólo efectuamos dos sugerencias al respecto.

Recientemente se ha puesto cada vez más de relieve en Francia que en los conflictos de trabajo, además de las huelgas, también cuenta la opinión pública: una empresa tiene interés en que su prestigio social -la imagen de su calidad, de

¹¹ Reducción del salario hasta el 50%. Vid nota en la Handelsblatt (hoja de información comercial) del 17.6.2004, p. 1

¹² BAG (Tribunal Federal del Trabajo = Bundesarbeitsgericht) DB (revista: Der Betrieb) 1993, 1927

¹³ BAG DB 1999, 103; más detalles Zwanziger, en: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 7º edic., 2008, § 2 KSchG (Ley de protección frente al despido) núm. marg. 168 y ss.

hecho- no quede comprometida públicamente dando una imagen antisocial de ser un explotador. Si esto no se piensa suficientemente, puede generar incluso boicots por parte de los consumidores¹⁴.

En segundo lugar, se da por hecho que un convenio colectivo (y una huelga organizada por tal motivo) para el mantenimiento de los puestos de trabajo, no está respaldada por la Constitución. El Tribunal Federal del Trabajo se ha contentado hasta la fecha con la fórmula de que la regulación sujeta a convenio, y con ello la lucha, se establecen cuando el aspecto económico y social de una medida no se encuentra dissociado.¹⁵ En una deslocalización de puestos de trabajo, esta condición es evidente, y recientemente, el Tribunal Federal del Trabajo ha aceptado como legal una huelga destinada a reglar las condiciones de la deslocalización, determinando que tres años de salario es una reivindicación admisible.¹⁶

4.3. Salario mínimo interprofesional

En Francia, Gran Bretaña y EEUU existe un salario mínimo fijado reglamentariamente. Éste adquiere gran relevancia sobre todo allí donde no existe convenio colectivo alguno o donde éste únicamente prevé una prestación retributiva muy modesta. El salario mínimo sirve a la cohesión social de nuestras sociedades. Si se dejan las cosas correr como hasta ahora, es de suponer que cada vez será mayor la distancia entre aquellos bien remunerados y los “working poor”. Tampoco se debería olvidar, que los trabajos peor pagados son ocupados muchas veces por mujeres. El salario mínimo reglamentario queda justificado por ello en Alemania con el principio del art. 3.2 de la Constitución,

¹⁴ Boissard, Droit Social 2003, 615 y ss.

¹⁵ BAG AP (Arbeitsrechtliche Praxis = Colección de decisiones de los tribunales de trabajo) n° 56 sobre Art. 9 GG (Grundgesetz = ley fundamental).

¹⁶ BAG 24.4.2007, 1 AZR 252/06 DB 2007, 1362 = NZA 2007, 987

según lo cual el Estado tiene la obligación de crear condiciones iguales para hombres y mujeres.¹⁷ En EEUU, el Congreso ha aumentado recientemente el salario mínimo de 5.15 \$ a 7.25 \$ - un hecho difícil a saber en Alemania.

4.4. Reducción de la jornada laboral

Con el acuerdo alcanzado en el año 1990 sobre la jornada de las 35 horas semanales en el ramo de la metalurgia y la imprenta, se agotó de forma sustancial la lucha sindical en este campo de acción. El paso a las 30 horas semanales, es decir, cinco días a seis horas, podría suponer un horario de trabajo más conciliador con las cargas familiares. Pero en Alemania como en otros países europeos este asunto aún no se ha convertido en tema de discusión serio.

A mi entender, una probable reconsideración se produciría tras romper con el encare meramente cuantitativo que predomina hasta la fecha¹⁸. Las horas de trabajo no son comparables. Es decir, existen actividades que en 8 horas proporcionan gozo, existen otras, que tras 4 horas conducen a estados de agotamiento. ¿Por qué no establecer diferencias en la duración de la jornada laboral teniendo en cuenta la carga de trabajo? Ya existen algunos comienzos en la práctica de convenios. Así sucede, p. e., en el convenio colectivo de los controladores aéreos, en el que se contabiliza el tránsito de aviones que se producen por término medio en un área de observación y de control: cuanto mayor sea el número, más corta será la jornada laboral. Asimismo, en los trabajos por turnos se tiene en consideración el esfuerzo o la responsabilidad. De esta manera se prevé con frecuencia en el turno de noche 30 minutos de descanso remunerado, lo que va a suponer un recorte de la jornada laboral de 8 a 7 ½ horas.

¹⁷ Vid. G. Peter, *Gesetzlicher Mindestlohn*, Baden-Baden 1995.

¹⁸ Véanse también las apreciaciones de Supiot, *Beyond Employment*, p. 223 y ss.

4.5. Flexibilidad y seguridad

La dependencia de la empresa respecto al mercado lleva consigo que los empleados hayan que ser “flexibles”. Esto no concierne sólo a la duración y al inicio de la jornada laboral, sino también a la disponibilidad para hacerse cargo de funciones nuevas. Esto supone a menudo la participación en iniciativas de formación continuada. La práctica de esta “flexibilidad interna” se prefiere con suma certeza a la llamada “flexibilidad externa”¹⁹ –dicho sin rodeos, una bella perífrasis para referirse al hecho de que los trabajadores son despedidos por falta de trabajo, mientras que en una fase expansionista se efectúan nuevas contrataciones. Si no puede evitarse la finalización provisional de la actividad, entra en juego la parte jurídico-laboral del concepto “flexicurity”: se crea, p.e., un empresario (artificial) que ofrece a los empleados un contrato laboral de larga duración y los coloca allí donde hay mucha falta. En un ámbito muy reducido se da algo parecido: la ley para la creación de empresarios especiales para los trabajadores del puerto, que existe en varios países. El trabajo temporal también podría cumplir una función parecida, si se tomara en serio el principio de igualdad de trato. En California se dio el caso de que 75.000 trabajadores del servicio doméstico se afiliaron a un sindicato y mediante campañas públicas consiguieron que se creara para ellos una “authority” especial: ésta admitió a los afectados una relación laboral durable a tiempo completo o a jornada reducida, y recibió a cambio las asignaciones estatales que se determinaban para el servicio doméstico, así como pagos privados si era preciso²⁰. Donde esto no puede ponerse en práctica en modo alguno –que suele ser en la mayoría de los casos-, queda la preceptiva de promover la “aptitud para el empleo” del individuo

¹⁹ Hanau *RdA* 1999, 159

²⁰ Klare, *The Horizons of Transformative Labour and Employment Law*, en: Conaghan (et.al.), *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford 2000, p. 23

(employability) por medio de la cualificación, algo que se contempla como parte de la “previsión del riesgo”, y que es cosa del empresario actual²¹.

4.6. La evolución de los estándares internacionales

Al mercado internacional no le corresponde ninguna instancia política eficaz que pudiera aplicar correctores sociales. Esta acción está reservada exclusivamente a los Estados nacionales y a los espacios de integración, y tiene como consecuencia que el régimen de Seguridad Social más económico puede obtener una ventaja de competencia. De hecho, el engranaje quedará ensamblado únicamente cuando una mayor productividad posibilite mayores salarios. Allí donde esto no funcione, la competencia del coste social será del todo eficaz. Hasta ahora, los acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo no tienen -pese a lo satisfactorio de sus contenidos-, la eficacia suficiente para hacerse cargo de la función de un Derecho laboral y social global.

La práctica conoce una serie de mecanismos jurídicos y fácticos que deben asegurar los estándares mínimos universales²². Hay que citar p.e., las cláusulas sociales, como son conocidas en el ámbito del Derecho de economía exterior de la UE y EEUU: las preferencias aduaneras van a depender de que el otro país respete ciertos estándares mínimos, como que no se practique, por ejemplo, dentro del territorio, ni trabajos forzosos ni el trabajo infantil²³. En la Organización Mundial del Comercio no se han podido instaurar aún tales normas, porque muchos países en vías de desarrollo temían que su déficit social

²¹ Vid. Supiot, *Beyond Employment*, p. 191 y ss. Respecto al debate alemán sobre la formación en la empresa, véase Käufer, *Weiterbildung im Arbeitsverhältnis*, Baden-Baden 2002.

²² Al respecto vid. Hepple, *New Approaches to International Labour Regulation*, *ILJ* (Industrial Law Journal) 26 (1997) 353 y ss.

²³ Más detalles en Däubler, FS Hanau, Köln 1999, p. 489, 501 y ss.

podiera convertirse en la “llave” para una política neo-proteccionista de los países industrializados.

Mayor éxito ha tenido el intento que se ha acometido en el ámbito de la navegación, de aumentar los salarios en un nivel razonable, en los barcos de bandera de conveniencia mediante un convenio innovador a escala mundial. Este nivel se sitúa entre los salarios que se pagan en los países en vías de desarrollo y aquellos que se pagan en Europa, no destruye la ventaja comparativa de costes de los países más pobres e impide una caída en el abismo²⁴.

Otra vía remite a los códigos de conducta que fueron aceptados por empresas multinacionales de manera voluntaria o en virtud de acuerdos, y que han de evitar comportamientos antisociales en los países en vías de desarrollo. Particularmente eficaz fueron las restricciones para las empresas que estaban en activo en Suráfrica durante el tiempo del Apartheid²⁵, lo que por otra parte demuestra que normas en materia laboral pueden variar considerablemente según la coyuntura política.

Poco interés ha suscitado hasta la fecha la consideración de que, la comercialización de productos que han sido fabricados en condiciones laborales inhumanas, podría atentar contra las reglas de la competencia en Alemania, contra la Ley sobre la competencia desleal²⁶. En la actualidad adquieren más importancia los sellos de calidad, como “fair trade”, que se le conceden a aquellos productos que fueron fabricados manteniendo determinados estándares sociales.

²⁴ Vid. Däubler, *Der Kampf um einen weltweiten Tarifvertrag*, 1997, donde además se reproduce textualmente el convenio-modelo.

²⁵ Al respecto, Kittner/Körner-Dammann/Schunk, *Arbeit unter dem Apartheid-Regime: praktische Probleme und rechtliche Rahmenbedingungen der Arbeitsbeziehungen in Südafrika*, 1988

²⁶ Vid. BGH NJW 1980, 2018 con notas de Knieper/Fromm; Däubler, FS Trinkner, 1995, p. 475 y ss.

5. ¿Encaminados hacia un Derecho laboral innovador?

Para concluir, déjenme decir algo al respecto de una materia que hasta ahora los laboristas casi no han acabado de descubrir.

Se puede leer en todas partes, que las innovaciones técnicas y organizativas son de vital importancia para la competitividad de la economía²⁷. Sólo cuando desarrollamos nuevos productos o procedimientos, puede mantenerse o ampliarse la participación existente en el mercado internacional. Un factor esencial para ello es la investigación y el desarrollo. En este sentido, la República Federal Alemana no se sitúa en una posición muy positiva; EEUU, Japón, Finlandia y Suecia gastan una parte mas grande de su producto nacional bruto en este sector²⁸. La economía alemana también se limita únicamente a determinados sectores como el de la construcción de maquinaria y automóviles, la química y la tecnología medioambiental. Teniendo en cuenta esta condición, surge la pregunta de si el Derecho laboral con sus normas no podría contribuir a mejorar la capacidad de innovación de la economía en su conjunto, a desarrollar en cierto modo el potencial de los así-llamados poetas y pensadores de una forma más intensa que lo ha hecho en el pasado.

Examinando la bibliografía jurídica, uno apenas tropieza con consideraciones previas. Es cierto que se encuentran numerosos estudios sobre la relación existente entre los derechos de propiedad industrial y la innovación²⁹, y que

²⁷ Véase Heldmann, en: Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik, Schlüsselfrage Innovationsfähigkeit, 1997, p. 7; Mosdorf, ibidem, p. 39; BMBF (Ministerio Federal de Formación, Ciencia, Investigación y Tecnología) und BMWi, (Ministerio de Economía) *Innovationspolitik: Mehr Dynamik für zukunftsfähige Arbeitsplätze*, 2002, p. 3; más detalles sobre lo siguiente en Däubler BB (revista: Der Betriebsberater) 2004, p. 2521 y ss.

²⁸ Klotz CF (revista: Computer-Fachwissen) 9/2003, p. 8

²⁹ Vid. la colección de Schricker (ed.), Geistiges Eigentum im Dienst de Innovation, 2001

también se ha analizado el espíritu innovador del Derecho privado europeo³⁰. El Derecho laboral, sin embargo, no es mencionado en ningún caso a este respecto.

Para la investigación en innovación es importante tener en cuenta en qué condiciones surgen las nuevas ideas y son llevadas a la práctica. Según estimaciones bastante generalizadas, los inventores no son en su mayoría aquellos tipos iluminados que tras exitosos años de estudio, y gracias a sus brillantes ideas y a su aplicación, son continuamente colmados con reconocimientos y otros galardones científicos. Según Staudt, investigador en innovación de Bochum, las ideas más pioneras provienen muchas veces de personas que “se encuentran al margen”³¹. También se dice que las ideas innovadoras se desarrollan frecuentemente en secreto y fuera de la jerarquía. Las personas aludidas son calificadas en el argot de los investigadores en innovación como “partisanos”; es decir, hombres que tienen una idea en la cabeza y que se camuflan a menudo –casi siempre con gente con sus mismos intereses-, para luego salir a la opinión pública empresarial una vez que el asunto está listo y maduro³². Así surgió, p. e., en una empresa alemana, el preparado más importante para licuar la sangre –los directivos habían prohibido expresamente al investigador en cuestión, que continuara trabajando en el proyecto (considerado por ellos nada prometedor). Lo “partisano” no siempre conduce al éxito. La idea que desarrollaron técnicos de la empresa Nixdorf en 1969 de crear una calculadora para puestos de trabajo, fue rechazada por el mismo empresario con el argumento, de que tal “juguete” no era necesario y que no tendría posibilidad de venderse en el mercado³³.

¿Cómo deberían ser las condiciones laborales que favorecieran la innovación?. Preguntado de forma más directa: ¿se puede legalizar y extender las actividades

³⁰ Vid. el interesante artículo de Reich, en: Hoffmann-Riem/Schneider (eds.), *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, Baden-Baden 1998, p. 330 y ss.

³¹ Citado en Klotz CF 9/2003, p. 7

³² Véase Kriegsman, *Personalführung* (revista) 4/2003, p. 18, 26

³³ En Klotz, CF 10/2003 p. 6

de los “partisanos”? Un examen preliminar de la investigación en innovación hace ver claramente cuatro condiciones que precisarían de cobertura jurídica.

Primero se trata de asegurar la existencia del empleado frente al despido injustificado. El que sabe que tarde o temprano puede ser enviado a casa, no se sentirá identificado con la tarea encomendada y tampoco hará ninguna propuesta de mejora. Asimismo, tampoco será tenido en cuenta ni por él ni por el empresario una posterior cualificación en interés de la empresa. Menos sentido tiene la práctica actual del tiempo parcial por antigüedad y de la jubilación anticipada. Según todas las previsiones, quien haya de finalizar su vida laboral con 57 o 58 años, pierde por lo menos algunos años antes, tanto el interés en seguir formándose como la creatividad para el trabajo. Con la política de personal tan corta de miras que se está llevando a cabo, se renuncia a la experiencia de los trabajadores de más edad.

En segundo lugar, se necesita una cultura de comunicación más abierta. Quien critica un proyecto y considera mejor otro planteamiento, no tiene por qué ser arrinconado ni perjudicado. Las reglas de gestión en el régimen interno de la empresa que fijan tal principio y alientan expresamente a los “inconformistas”, son de gran utilidad en este contexto. Pero esto sólo no debería bastar para impedir que los directivos reaccionen con un “eso no lo hemos hecho nunca” y “eso lo puede hacer cualquiera”. Se hace necesario un cargo independiente que pueda establecerse dentro y fuera de la empresa, hacia el que cualquier individuo pueda dirigirse en caso de necesidad³⁴. Esta posible solución favorecería la tolerancia y la accesibilidad en las categorías superiores de la jerarquía.

³⁴ Algo parecido se prevé en § 21 ANErfG (Arbeitnehmererfindungsgesetz = ley del empleado-inventor) en forma del llamado “asesor de inventores”. La reglamentación pertinente también se encuentra a menudo en acuerdos empresariales sobre propuestas empresariales.

La tercera condición se refiere a la mayor libertad de acción. Un médico que se ocupe de los pacientes durante 8 horas diarias, además de encargarse del trabajo administrativo y las juntas durante 6 horas más, desarrollará pocas ideas innovadoras en la decimoquinta hora de su jornada. Digno de interés es el caso de la empresa Nokia, que a comienzos de los 90 se encontraba en una difícil situación económica: la dirección decidió que todos los trabajadores podían emplear parte de su jornada laboral en iniciativas o proyectos propios, sin que tuvieran que notificar esto o pedir permiso para ello³⁵. El éxito que luego tuvo la empresa se atribuyó a esas propuestas que se hicieron en aquella época. La libertad de acción no se necesita sólo en un sentido temporal. Científicos, médicos y los que trabajan empíricamente en las ciencias sociales necesitan más bien un acceso rápido a los medios de investigación para conseguir los recursos precisos. Cuando uno tiene que pasar por un procedimiento administrativo de 6 a 12 meses, y cuyo resultado es incierto, o bien se resigna o se va por convicción junto a los partisanos. Los juristas lo tienen mejor: los libros se pueden conseguir fácilmente y los artículos pueden fotocoparse³⁶.

Finalmente, la cuarta condición trata del estímulo material o inmaterial para aquellos que están comprometidos con la resolución del trabajo diario. La ley alemana del empleado-inventor incluye un enfoque acertado que sin embargo no es llevado a cabo en el ámbito del derecho intelectual y en el ámbito de la programación informática³⁷. Al mismo tiempo, algunos tribunales laborales no dejan de sorprender en este ámbito: un empleado de banco había conseguido perfeccionar considerablemente el software de la empresa, y por ello obtuvo una gratificación de 500,00 €. Cuando se enteró de que el banco había ahorrado con su idea 1,8 millones de euros anualmente, reclamó una indemnización basándose

³⁵ Klotz 10/2003 p. 6

³⁶ Visto por algunos juristas, la política de las direcciones de algunas universidades alemanas consiste en obtener fondos como prueba irrefutable del éxito científico. Vid. también las apreciaciones de Dauner-Lieb (*Der Konzern – revista* - 2004, 149) acerca de los “Drittmittelkönigen”, que en la jerarquía informal de los científicos están situados en la mayoría de los casos en el rango inferior.

³⁷ Véase la crítica de Diederichsen, *Der Vergütungsanspruch des angestellten Urhebers-Gleichbehandlung mit dem Arbeitnehmererfinder*, 2002

en la existencia de un acuerdo empresarial acerca de propuestas de los empleados. El 12 de enero 2004³⁸, el tribunal laboral de Frankfurt/Main resolvió que el trabajador tenía derecho a reclamar el 30% de los ahorros, es decir, medio millón de euros. Si esto crea escuela, la República Federal se convertirá en pocos años en el mayor productor de software del mundo.

Sin ni siquiera ir tan lejos, el punto de vista que se ha esbozado aquí aumenta no sólo la producción, sino que también crea aquellos márgenes de distribución, que tan urgentemente se necesitan en la política social y en el Derecho laboral. Dicha perspectiva libera a ambos de la fama del incómodo factor de coste, además de traernos algo de humanidad a la vida laboral.

³⁸ 6 Ca 5261/03