

EL FUTURO DEL DERECHO LABORAL: CONSIDERACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA ALEMANA*

Wolfgang Däubler
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Bremen

Índice

- 1.- Introducción
- 2.- Retos y posibles reacciones
 - 2.1. El Derecho laboral bajo presión: un primer acercamiento
 - 2.2. ¿Márgenes políticos?
 - 2.2.1. Los interlocutores y sus condicionantes
 - 2.2.2. La experiencia de la historia
 - 2.2.3. La utilidad del Derecho laboral para el empresario y la comunidad
 - 2.3. Consecuencias
- 3.- ¿Se modificarán los conceptos básicos?
 - 3.1. El trabajador
 - 3.2. Relación laboral estándar
 - 3.3. Deslocalización del trabajo fuera de la empresa
 - 3.4. La crisis de la negociación colectiva sectorial
- 4.- El Derecho laboral del futuro
 - 4.1. Empresas en situación de dificultad económica
 - 4.2. El fantasma de la deslocalización de la producción
 - 4.3. Salario mínimo interprofesional
 - 4.4. Reducción de la jornada laboral
 - 4.5. Flexibilidad y seguridad
 - 4.6. La evolución de los estándares internacionales
- 5.- ¿Encaminados hacia un Derecho laboral innovador?

1.- Introducción

Hace más o menos unos 25 años, pudo leerse en el trabajo que se publicó en memoria de Kahn-Freund un relevante artículo titulado “El Derecho laboral en crisis”¹. Pocos años después, en la revista *Die Personalführung*, un laboralista de Trier comparaba el Derecho laboral con un virus que diariamente cambiaba de forma y que –decía literalmente- “parece haberse escapado al control de los ingenieros en genética y de los especialistas en armas biológicas”². ¿Qué habría de hacerse, pues, con un parásito semejante? Por aquel entonces, también en Francia e Inglaterra se pretendía, simple y llanamente, eliminar el Derecho laboral y sustituirlo mediante un recurso dirigido al Common Law, al Code Civil³. Hasta ahora, nada de aquello ha tenido repercusión en la legislación –con cierto optimismo podría decirse que el Derecho laboral ha llevado bien los 25 años de crisis-.

* Traducción a cargo de Marta Montero Navarro, Universidad de Extremadura.

¹ Lyon-Caen, La crise du droit du travail, en: *Gedächtnisschrift Kahn-Freund*, München 1980, p. 517 y ss.

² Ehmann, *Personalführung* 1988, 1

³ Véase Däubler, *NZA* (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht) 1988, 858

Si bien hasta ahora se ha salido airoso, ello no quiere decir que en el futuro se vaya a continuar igual. ¿Se consigue una mejor calidad dejando de fabricar ascensores en Stadthagen (Hannover), para hacerlo en la Europa del Este, o cuando Siemens pretende trasladar sus puestos de trabajo a Polonia o India? ¿No se está originando un reparto de poder tan unilateral, que *a priori* y con las reglas del Derecho laboral, no se puede hacer nada contra él? Si esto crea escuela, ¿no habrá desaparecido el Derecho laboral en diez o veinte años y el mercado, no caerá en la monocracia?

La investigación jurídica del futuro está todavía algo subdesarrollada –dicho de una manera diplomática-, y no solamente en el ámbito del Derecho laboral. En 1984, un especialista en Derecho nuclear se aventuró y pronosticó la desintegración radioactiva de los derechos fundamentales⁴ –como siempre que uno toma partido por la energía nuclear, la predicción no se ha cumplido; los terroristas del 11-S han ocasionado incomparablemente mayor descalabro en el Estado de derecho y en la protección de los derechos fundamentales-. En Alemania, la discusión en materia laboral se centra ahora esencialmente en puntos controvertidos de actualidad. A su vez, la atención del gremio de los pensadores apunta hacia cuestiones de relativo poco alcance: ¿cómo sigue el asunto de la protección contra el despido del personal de alta dirección que no tiene opción de readmisión? ¿cómo ha de clasificarse de una manera dogmática el derecho de continuidad en el empleo tras el despido? ¿Qué naturaleza jurídica tiene el complemento de manutención? Las pocas voces que tratan de mirar al futuro son como gritos en un inmenso desierto y no se tienen en cuenta las unas a las otras⁵. Estas mismas consideraciones ni siquiera se debaten en Francia, Italia, España, Gran Bretaña o USA, países en donde el Derecho laboral se enfrenta a desafíos semejantes⁶.

2.- Retos y posibles reacciones

2.1. El Derecho laboral bajo presión: un primer acercamiento

Como se comprueba a diario en la prensa, las empresas alemanas están expuestas a una feroz competencia, cada vez mayor y más universal. El aumento del gasto, especialmente el destinado a los empleados, no puede repercutir en los precios y afectar así a otros. Muy al contrario: la competencia mundial genera una gran presión que conlleva una reducción de costes.

⁴ Rossnagel, *Der radioaktive Zerfall der Grundrechte*, München 1984

⁵ Véase Blanke *KJ* (Kritische Justiz) 2004, 1 y ss.; Hanau *RdA* (Recht der Arbeit) 1999, 159 y ss.; Hromadka *NZA* 1998, 1 y ss.; Zachert, FS Dieterich, München 1999, 699 y ss.

⁶ Tampoco tuvieron repercusión los resultados y propuestas del grupo de trabajo Supiot (vid. Supiot, *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford 2001). Esto puede tener que ver con el hecho de que sobrevaloraran las repercusiones de las transformaciones sociales y económicas en el contexto de la normativa laboral, y con el hecho de que no tuvieran suficientemente en cuenta su adaptabilidad (sobre esto véase Däubler, FS Dieterich, München 1999, p. 63 y ss.). Más aún, las propuestas están enmarcadas por lo general en un plano tan abstracto, que no existe posibilidad de que se pueda extraer alguna consecuencia en la realidad más cotidiana. Tampoco la Comisión Europea, que fue la que propuso el estudio, ha podido hacerlo hasta la fecha.

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 incluso como argumento de peso, cuando en realidad el sentido común económico abogaría por permanecer en territorio nacional.

El crecimiento de la economía alemana se ha estancado. Ante 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. Hacer carrera en la empresa se convertirá, por tanto, en algo excepcional.

Desde el punto de vista de la dirección de la empresa, ante este cuadro condicionante se hace necesario reducir los tipos de protección en materia laboral, y abaratar así 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 legítimo la cuantía de 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 trabajo, por ejemplo, a personas que organizan su propia actividad y que por ello son consideradas autónomas. El empresario se convierte así en un cliente, que puede ahorrar la totalidad de la carga social –alrededor de un 45 % del producto bruto-. Aproximadamente la mitad de aquello se corresponde con las denominadas “condiciones de trabajo de los 400 euros”, y por eso mismo representan una interesante alternativa a la relación laboral estándar. También el trabajo temporal deja sin razón de ser a la protección contra el despido, y los trabajadores en régimen de cesión ganan por término medio alrededor del 40% menos que los empleados fijos que estén en la misma situación⁷. Asimismo, en las llamadas condiciones laborales normales se encuentran en activo dos tercios de los empleados, de los que un tercio posee por principio una categoría menor⁸.

Otra estrategia, que naturalmente no sólo tiene que ver con los costes laborales, es la separación de determinadas funciones con limitación simultánea en el llamado negocio nuclear. La contratación de terceros para servicios o manufactura (“outsourcing”) puede producirse mediante la creación de una sociedad filial. Sin embargo está por lo menos igualmente extendida la costumbre de comprar en el mercado determinados servicios o ciertos productos intermedios, en vez de emplear a la propia mano de obra. Ésta pierde su puesto de trabajo y se encuentra en la sociedad filial con peores condiciones, o en todo caso, como 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 o pasar a transformarse en un socio OT

⁷ Datos más detallados en Martin, *AuR* (Arbeit und Recht) 2004, 247; Walwei, *EuroAS* (Europäisches Arbeits- und Sozialrecht) 2002, 161 y ss.; Wank *NZA* 2003, 16

⁸ Estadísticas en Blanke *KJ* 2004, 5 y ss.

(ohne Tarif) -cuando un empresario es miembro de una asociación patronal, pero no está sujeto a los convenios colectivos que ésta haya suscrito-. 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, particularmente en los nuevos Estados federales, pactar convenios colectivos que en casos aislados tienen prevista una retribución horaria de 4,00 € e incluso menos⁹. Están también muy extendidas las denominadas alianzas empresariales para el empleo, así como otros acuerdos con los que temporalmente o de forma continuada se sacrifican los derechos económicos del convenio colectivo. Esto puede realizarse por vía legal con ayuda de las cláusulas de descuelgue, sin embargo también se lleva a cabo de un modo más “salvaje” como es el quebrantar sencillamente el convenio colectivo: además de la descentralización controlada de la negociación colectiva por niveles, existe una descentralización más “feroz”.

Las líneas de comportamiento que aquí se han esbozado se acentúan con un programa neoliberal: cuanto más se insista en volver a transferir los salarios y las condiciones laborales al contrato de trabajo, antes se originará en el mercado un coste que conduzca 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.

2.2. ¿Márgenes políticos?

2.2.1. Los interlocutores y sus condicionantes

¿Cómo reacciona el Derecho laboral ante tales desafíos? El cuadro condicionante económico no está determinado, pero de alguna manera se puede configurar políticamente. Con esto queda formulada la pregunta sobre los interlocutores en el Derecho laboral y sus comportamientos.

Desde el punto de vista jurídico tradicional, corresponde en primer lugar a los interlocutores recordar a la figura del legislador. Pero uno no puede limitarse exclusivamente al ámbito nacional. Y es que también en el Derecho laboral va aumentando el número de normas jurídicas comunitarias. No menos importante que el Parlamento y las instancias comunitarias es, naturalmente, la jurisprudencia de los tribunales laborales alemanes así como del Tribunal de Justicia Europeo. Incluso a la ciencia jurídica se le confiere en este sentido gran importancia, en tanto que prepara decisiones y se preocupa de crear una determinada “atmósfera” en la opinión pública de la disciplina¹⁰. En el ámbito de la Unión Europea se da la particularidad, no obstante, de que no existe ningún órgano de publicación en todo el espacio europeo ni tampoco un debate de calado entre comunitarios. Es algo sintomático que el mayor manual en lengua alemana sobre Derecho comunitario no

⁹ Véase p. e. los salarios tarifados/uniformes 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)

¹⁰ Vid. Wiedemann *RdA* 1999, 5, 7: “La ciencia contribuye a la legitimidad del derecho de creación judicial.”

emplee bibliografía extranjera, y viceversa, aquellos textos publicados en inglés, francés, italiano o español apenas se interesan por los argumentos alemanes. Pocas excepciones confirman la regla.

Otros temas que habrán de negociarse son las partes del convenio colectivo y los correspondientes en la empresa. Y es que, cuando caen en picado los modelos estándar y su rechazo está a la orden del día, le corresponde un papel muy importante tanto al sindicato como al comité de empresa.

Todos estos interlocutores (incluido el legislador) no se mueven 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 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. Igualmente 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 un empeoramiento de las condiciones de vida. Un político del Sarre, elocuente y verdaderamente creativo habría sido mucho más útil a la sociedad si hubiera continuado por la última vía y hubiera establecido normas para los gobernantes. Con la palanca de mando del ministro de Hacienda del primer gobierno de Schröder tuvo en cambio algunos problemas que no era posible pasar por alto.

2.2.2. La experiencia de la historia

¿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 actual se establecieron tras la Primera Guerra Mundial: libertad de asociación (art. 159 WRV –Constitución Imperial de Weimar), la autonomía colectiva (art. 165 WRV), 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 delito¹¹. Hoy día uno sería tachado de iluso si demandara algo semejante. En los buenos y ocurrentes tiempos en los que el SPD ejercía la oposición, uno de los Lands gobernados por él presentó una vez un proyecto de ley, según el cual, a partir de cierto

¹¹ Más detalles en Buschmann/Ulber, *Arbeitszeitgesetz. Kommentar*, 4ª Edición., Frankfurt/Main 2004, los fundamentos en núm. marg. 2; Scharf, *Geschichte der Arbeitszeitverkürzung*, 1987, p. 365 y ss., y p. 399 y ss. (sobre la práctica de la autorización).

límite, los gastos del empresario en horas extras no podrían ser deducibles nunca más como costes de explotación. Todo esto suena a un pasado muy remoto.

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. Es suficiente con echar un vistazo al Estatuto de Bremen, pero para muchos resulta más cercano pensar en la jurisprudencia, art. 9, parágrafo 3 de la Ley Fundamental, en la Ley de la Protección contra el Despido y en la Ley de Comité de Empresa. El fin de la 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 precisamente al florecimiento de la economía portuguesa.

La presencia política se deja sentir 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 2004¹², mientras que en Alemania y desde hace muchos años, se trabaja en todos los sectores una media de 37,5 horas. 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 vigente¹³. 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.

2.2.3. La utilidad del Derecho laboral para el empresario y la comunidad

¿Cómo se explican estos ejemplos? Los empresarios eslovenos afirman curiosamente que la mano de obra es el capital más importante de la economía al que se debería proteger¹⁴. 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 cuestión de la economía interna) 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 de otra manera que no sea con la subida salarial. 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 comunidad sólo puede existir de forma duradera sobre la base de un amplio consenso en determinados valores elementales. A ello hay que

¹² Más información en www.emploi-solidarite.gouv.fr en marzo de 2004. Datos actualizados en www.temps.travail.gouv.fr

¹³ Vid. detalles en Däubler *AuR* 2003, 129 y ss.

¹⁴ Ros, The development of employers' associations in Slovenia, *SEER* 2/1999, p. 163

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 trabajo¹⁵. Esto último adquiere, no obstante, poca importancia cuando no existe ninguna protección contra el despido y el “responsable 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 Alemania, los trabajadores dependientes y sobre todo sus organizaciones sindicales se destacan por su gran dosis de paciencia –por no decir una santa paciencia-. La oposición a la total economización de la vida laboral proviene antes de los tribunales y de la ciencia, que de los afectados directamente. En resumen: los márgenes políticos existen y se debería contar con ellos.

2.3. Consecuencias

¿Cómo ha hecho hasta ahora frente el Derecho laboral a los desafíos que aquí se han expuesto? ¿Cómo se continuará en el futuro sin tener que someterse incondicionalmente a las presiones económicas? Empezaré con el concepto de trabajador para seguir a continuación con el debate referido a las condiciones laborales atípicas. Mientras que el término “empresa” plantea pocos problemas, la praxis del convenio colectivo remite al problema de la debilidad sindical, que de forma limitada puede resolverse con medios puramente jurídicos. En la parte final se tratará de las nuevas formas de protección y estructuración, pero especialmente se abordará la cuestión de cuál habrá de ser la contribución del Derecho laboral al fomento de las innovaciones sociales y económicas, así como a la superación del estancamiento.

3.- ¿Se modificarán los conceptos básicos?

3.1. El trabajador

La figura del trabajador se define según la jurisprudencia de la Magistratura Federal del Trabajo. Que el legislador haya renunciado en este sentido a sus propias pautas, es algo consentido categóricamente, hace ya muchos años, por la Corte Constitucional Federal¹⁶. Para esta cuestión es decisivo dilucidar si el individuo desarrolla un trabajo en el que ha de seguir instrucciones, y si está integrado en una determinada organización por parte del empresario. Aquel que tenga potestad para decidir sobre la configuración de su propio trabajo, no puede considerarse un trabajador, aún cuando dependa total y económicamente de un empresario.

Entre ambas figuras existen zonas intermedias. Si el empleado tiene libertad - formalmente- para rechazar ciertas actividades, su situación económica le sugiere con razón, no echar mano de esta posibilidad. Es por ello que decimos que tal libertad sólo tiene

¹⁵ 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.

¹⁶ *BVerfGE* (Recopilación Oficial de la Jurisdicción del Tribunal Federal Constitucional)

un carácter formal¹⁷. De ahí que algunas resoluciones de la Magistratura Federal del Trabajo consideran insuficiente esta pseudolibertad y presuponen una relación laboral¹⁸. Sin embargo, esto tiene consecuencias tan sólo cuando se trata de una colaboración en una estructura de trabajo constituida por el empresario. Si por el contrario el empleado, pese a todas las presiones económicas, se erige en su propio organizador, su figura se queda definitivamente fuera del Derecho laboral.

Por regla general entran en acción, en estas circunstancias, las disposiciones sobre aquellos sujetos de características similares a los trabajadores asalariados, que presuponen la dependencia económica, así como la circunstancia de que el sujeto aludido está necesitado de protección del mismo modo que un trabajador¹⁹. Estos individuos con características similares a la de los trabajadores asalariados son expresamente equiparados a los trabajadores reales tan sólo en determinadas disposiciones. Así, junto a la Ley de procedimiento laboral se ha de mencionar también el parágrafo 2 de la Ley federal sobre la regulación de las vacaciones de los empleados, así como la Ley de protección de salud laboral. En caso de cláusula de no competencia, la Magistratura Federal del Trabajo ha sentado el principio de que las disposiciones en materia laboral deberían encontrar la correspondiente aplicación, cuando esto esté dentro de sus objetivos²⁰. De todos modos y hasta la fecha, no se ha derivado ninguna conclusión de esto. Más sencillo sería, sobre todo, extender la protección mínima contra el despido²¹ que ofrece la Constitución a este grupo de individuos, y de esta manera exigir al despido razones objetivas y no arbitrarias. Además, durante el desempeño de la actividad tendría que existir el mismo grado de protección de los derechos fundamentales como el que se establece en la relación jurídica jurídica-laboral²².

Cuanto más avance la equiparación con los trabajadores, ya no será tan atractivo eludir esta forma de empleo. Sin embargo, el régimen de la Seguridad Social no reconoce la semejanza laboral de estos individuos con características similares a los trabajadores reales. En determinadas circunstancias, los autónomos -que en su mayoría trabajan para un único empresario- están incluidos en el seguro de pensiones según el parágrafo 2 n° 9 VI del Código Social. Sin embargo han de pagar el 100% de sus cuotas, tal y como se recoge en el parágrafo 2 n° 10 del llamado Ich-AG²³. De este modo resulta además atractivo para el empresario eludir la relación laboral. Para descartar esto, tendría que perfeccionarse más el concepto “empleado” del Derecho de la Seguridad Social.

3.2. Relación laboral estándar

¹⁷ Vid. *OGH* austriaco (Tribunal Supremo de Justicia), *AuR* 2003, 303 y ss., más las consideraciones de Preis.

¹⁸ Vid. *BAG* (Magistratura Federal del Trabajo) *AP* (Arbeitsrechtliche Praxis = obra de consulta del BAG) n° 68, en referencia a § 611 *BGB* (Código Civil) Dependencia; *BAG AP* n° 15 acerca de § 611 *BGB* Radiodifusión.

¹⁹ Más detalles con referencias a otros ordenamientos jurídicos en Däubler, Working People in Germany, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 21 (1999) 77 y ss., y en: *ZIAS* 2000, 326 y ss.

²⁰ *BAG DB* (Der Betrieb) 1997, 1979

²¹ *BVerfG* (Tribunal Federal de Garantías Constitucionales/Corte Constitucional Federal) *NZA* 1998, 470 y ss.

²² Massimo d'Antona, Labour Law at the Century's End: An Identity Crisis? En: Conaghan/Fischl/Klare (ed.), *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford/New York 2002, p. 35

²³ Para su valoración socio-política vid. Negt, en: Bsirske et. al. (ed.), *Wissen ist was wert*, 2003, p. 32

Infringir una relación laboral estándar, de manera que la temporalidad, el trabajo a tiempo parcial y el trabajo en régimen de cesión puedan ser pactados, no es posible así sin más. El párrafo 4, párrafo 1 de la Ley de la temporalidad y del trabajo a tiempo parcial (TzBfG) prohíbe la discriminación de los empleados a tiempo parcial, así como de los trabajadores que estén en un régimen de temporalidad, según el párrafo 4 párrafo 2 de la TzBfG. La ley de cesión de trabajadores exige en el texto que está vigente hoy día, que los trabajadores en régimen de cesión no han de ser tratados de un modo distinto a los otros trabajadores fijos del centro de trabajo. Esto, que suena tan bien, representa un gran avance jurídico, aunque uno no debe perder de vista las excepciones.

Conforme al párrafo 4 párrafo 1 y 2 de la TzBfG se puede establecer una diferencia por razones concretas, con lo cual se cuestiona si esto también sería válido para las retribuciones.²⁴ En cierto sentido, además, es propio de la situación que se suprima la protección contra el despido en el momento en que expira el contrato, algo que deja de tener importancia cuando, en compensación, se paga una indemnización automática (“subsidiario precario”) o cuando el despido ordinario queda excluido en términos reales durante la vigencia del contrato de duración limitada²⁵, conforme a la reglamentación dispositiva, párrafo 15 párrafo 3 TzBfG.

Algo más sustancial es la cláusula restrictiva en la legislación del trabajo en régimen de cesión. Los convenios colectivos existentes en la práctica no reflejan absolutamente nada del principio de igualdad de los ciudadanos. En varios artículos²⁶, Schüren ha realizado numerosas consideraciones en contra de su validez, pero primero tienen que ser los afectados los que reclamen la prohibición de tal discriminación. Es también significativo, que los índices salariales en los niveles retributivos inferiores sean idénticos a aquellos del convenio colectivo pertinente del año 1988 –lo que demuestra, que el nivel de entonces ha quedado claramente por debajo con respecto a la depreciación monetaria que ha sobrevenido entretanto. No sin motivo se formula también la pregunta de si, ante el grado de organización cero al que se va encaminando en el ámbito del trabajo en régimen de cesión, existe un sindicato capaz de concertar convenios colectivos. Es probable que el remedio sólo pueda esperarse de los tribunales.

Rechazar las “condiciones laborales económicas” recurriendo a la prohibición de la discriminación no significa que se vayan a mantener inalterados en el futuro todos los elementos de la relación laboral estándar. Más bien se trata de salvaguardar la garantía obligada de una existencia aceptable bajo condiciones cambiantes. Lo que esto quiere decir realmente, se tratará de explicar a continuación.

3.3. Deslocalización del trabajo fuera de la empresa

²⁴ El Tribunal Federal del Trabajo así lo afirma en *AP* (Arbeitsrechtliche Praxis) n° 7, en referencia a § 4 de la TzBfG, con notas de Däubler.

²⁵ En otro punto se expone, que en § 15 Pár. 3 TzBfG no se descarta un control de las condiciones generales de contratación (Däubler/Dorndorf, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB, München 2004, apéndice referido a SS 307 núm. marg. 28)

²⁶ *AuR* 2004, 241; *FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht*, München 2004, p. 877 y ss.

Un elemento de la deslocalización del trabajo que se traslada al exterior ha quedado jurídicamente recogido gracias al carácter flexible del concepto de empresa. Esto se aplica, por ejemplo, al trabajo a distancia, que pese a la falta de proximidad espacial, queda integrado en la entidad “empresa”. En otros casos interviene la posibilidad de flexibilidad complementaria según el parágrafo 3 de la Ley de régimen de empresa, por la cual son factibles dentro de un consorcio las entidades susceptibles de tener comité de empresa, mediante convenio colectivo o acuerdo empresarial. No se ha incluido el “outsourcing” (contratación de 3º para servicios y manufactura) por el hecho de que hasta la fecha se adquieren en el mercado los productos intermedios ya manufacturados, así como los servicios. En este sentido, en la reforma de la Ley de régimen de empresa del año 2001 también se echó en falta un intento serio de prever un derecho de cogestión, o por lo menos, un derecho de negociación de los trabajadores, según el modelo del Derecho sueco y el norteamericano²⁷.

3.4. La crisis de la negociación colectiva sectorial

En los últimos años, la discusión se ha centrado de forma extraordinaria en la cuestión de si también debería ser admisible, sin cláusula de descuelgue alguna en una situación económica precaria, una ruptura del convenio sectorial mediante acuerdo empresarial o contrato de trabajo. Las consideraciones desde el punto de vista constitucional contrarias a una solución semejante son contundentes; sin obligatoriedad - que precisamente no defraude en situaciones económicas adversas-, el convenio colectivo no vale nada en el documento en el que figure. Esta garantía mínima está contenida en el art. 9 párrafo 3 de la Constitución y no puede ser quebrantada o suprimida por el legislador²⁸. Si realmente existe la necesidad de apartarse de la negociación sectorial, ésta puede ser tenida en cuenta a la hora de la suscripción de un convenio de empresa.

Si se cambia del plano constitucional a aquel empírico y fáctico, surge la pregunta de qué repercusión tendría una cláusula de descuelgue conforme a la ley, ante la ruptura de la negociación sectorial que se advierte en todas partes. ¿No legitimaría lo que siempre se ha estado practicando? Este problema me parece mucho más grave, sin embargo, en las empresas exentas de convenio²⁹ y allí donde el convenio colectivo prevé y legitima salarios baratos³⁰. En ambos casos se plantea la pregunta de cómo se podría restablecer la competencia de acción sindical. Como conclusión al respecto:

²⁷ § 38 de la ley sueca sobre cogestión, reproducida por F. Schmidt, *Die Reform des kollektiven Arbeitsrechts in Schweden*, 1978, p. 253; para la situación jurídica en USA vid. Wiedeman *RdA* 1986, 233 y ss.

²⁸ Hanau *RdA* 1993, 1 y ss.; Dieterich *RdA* 2002, 1, 6 y ff. Däubler, en: Däubler (ed.) *TVG* (ley de convenio colectivo), 2003, introd., núm. marg. 99, con comentarios adicionales.

²⁹ Según una estimación aproximada, actualmente el 60% de los trabajadores está registrado indirecta o (en referencia al contrato laboral) directamente mediante convenios colectivos. Deakin constata un grave retroceso en Gran Bretaña (*The many Futures of the Contract of Employment*, en: Conaghan (et. al.) – vid. arriba, nota al pie 22, p. 193). Según él, a comienzos de los años 80 aún el 80% de los trabajadores estaban asegurados por convenio, mientras que hoy día esto sólo es el caso del 30%.

³⁰ Para más datos vid. arriba, nota al pie 9.

Los individuos se afilian al sindicato y lo respaldan con tiempo y dinero porque esperan sacar de ello un beneficio para su situación laboral y personal. Otros quieren fundamentalmente apoyar a una organización que personifica determinados valores y que trabaja para conseguir una sociedad mejor. En circunstancias ideales ambas razones tendrían cabida simultáneamente.

Un sindicato que únicamente explote el asunto del retroceso social y –al igual que en el trabajo de régimen de cesión- que negocie la desregulación³¹, deja de tener utilidad para el propio individuo. Se toma como mera especulación e incluso se rechaza la consideración de que el retroceso sería más grave si no hubiera sindicatos. La consecuencia no puede ser la de practicar una política de convenios que ignore las realidades económicas. El peso de la tarea sindical debería concentrarse más bien en los problemas cotidianos de la empresa. Los comités de empresa estarían más agradecidos si recibieran ayuda más competente.

La existencia de nociones programáticas es un factor de integración importante para la organización. Si se hacen concesiones arbitrarias con el antagonista social o en el ámbito político, desaparece el segundo motivo para querer cooperar en el sindicato. Aquí se les insta especialmente a los representantes y dirigentes, a que defiendan con credibilidad ante los medios de comunicación determinados contenidos. Seguramente que allí nadie va a ser recibido con los brazos abiertos, ni tratado como una estrella que va a ganar el próximo grand-prix de los grandes éxitos de la canción, pero ¿y no ha sido siempre así? Incluso cuando uno se ve cara a cara sólo con oponentes en algún debate en televisión y no tiene ninguna posibilidad de éxito, los telespectadores reconocen bastante bien si alguien, como individuo, está verdaderamente detrás de las palabras que habrá de decir en pocos minutos. Sí. Todo esto parece muy fácil, sin embargo, la capacidad de aprendizaje de estas organizaciones es muy limitada. Ha llegado la hora de llevar aires renovadores a los sindicatos.

4.- El Derecho laboral del futuro

Más Derecho laboral para aquellas personas que se asemejan a la figura del trabajador, igualdad de trato consecuente para empleados atípicos, participar en el outsourcing y mantener la negociación sectorial. Todo esto suena razonable, pero a duras penas resulta suficiente para satisfacer los retos 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.

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.

³¹ Blanke *KJ* 2004, 16 y ss.

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 norteamericano existe un modelo razonable de “comunidad sacrificada”³² que aparece con el título de “Chapter 11”: en una situación de emergencia económica, junto a los trabajadores, también tienen que renunciar a sus derechos los directivos, accionistas y acreedores. En Japón está muy extendido este tipo de prácticas. Así se pudo leer hace poco, que las retribuciones de los directivos de Mitsubishi habían sido recortadas drásticamente al igual que se había hecho con las percepciones de los empleados³³. Lo importante de esto es que en un principio 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 actual distingue también varias y pertinentes estimaciones: un recorte de las expectativas de un futuro pago presupone también las aportaciones del resto de los implicados de la empresa³⁴. Más tarde será posible un reajuste compensatorio si es que los pensionistas han de renunciar a una actualización en su poder adquisitivo. A continuación habrá que remitirse a la denuncia modificativa con rebaja salarial, que sólo está autorizado cuando en caso contrario se pierden puestos de trabajo –esto se justifica mediante un plan de saneamiento que también incluya las aportaciones potenciales de otros acreedores³⁵.

4.2. El fantasma de 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 empresariales, además de las huelgas, también cuenta la opinión pública: una empresa tiene interés en que su prestigio social -la imagen de su calidad, de 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 consumidores³⁶.

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 respaldado por el art. 9.3 de 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

³² En este mismo sentido, véanse las recomendaciones de Dieterich/Hanau (et.al.) *RdA* 2004, 68

³³ Reducción del salario hasta el 50%. Vid nota en la hoja de información comercial del 17.6.2004, p. 1

³⁴ BAG DB (revista *Der Betrieb*) 1993, 1927

³⁵ BAG DB 1999, 103; más detalles Zwanziger, en: Kittner/Däubler/Zwanziger, *Kündigungsschutzrecht*, 6° edic., 2004, § 2 KSchG (Ley de protección frente al despido) núm. marg. 168 y ss.

³⁶ Boissard, *Droit Social* 2003, 615 y ss.

la lucha, se establecen cuando el aspecto económico y social de una medida no se disocia.³⁷ En una deslocalización de puestos de trabajo, esta condición debería darse por lo menos *prima facie*.

4.3. Salario mínimo interprofesional

En Francia, Gran Bretaña y USA 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 mínima. El límite mínimo para garantizar la remuneración por horas se establece en beneficio de la cohesión social de nuestra sociedad. 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 por mujeres. El salario mínimo reglamentario queda justificado por ello con el art. 3.2 línea 2 de la Constitución, según lo cual, el Estado tiene la obligación de suprimir cualquier discriminación existente.³⁸

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 estos sectores. 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 este asunto aún no se ha convertido en tema de discusión serio.

A mi entender, un nuevo comienzo se produciría tras romper con la consideración meramente cuantitativa que predomina hasta la fecha³⁹. Las horas de trabajo no son comparables. Es decir, existen actividades que en 8 horas proporcionan más gozo que 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.

4.5. Flexibilidad y seguridad

³⁷ BAG AP n° 56 sobre Art. 9 de la ley fundamental.

³⁸ Vid. G. Peter, *Gesetzlicher Mindestlohn*, Baden-Baden 1995.

³⁹ Véanse también las apreciaciones de Supiot, *Beyond Employment*, p. 223 y ss.

La dependencia del empresario-empresa con respecto al mercado lleva consigo que los empleados hayan de ser “flexibles”. Esto no concierne sólo a la duración y a la ubicación 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”⁴⁰ –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 (falso) que ofrece a los empleados un contrato laboral de larga duración y los coloca allí donde hacen 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 en régimen de cesión también podría realizar 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 en una relación laboral indefinida 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 preciso⁴¹. 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 (employability) por medio de la cualificación, algo que se contempla como parte de la “previsión del riesgo”, y que es cosa del empresario actual⁴².

4.6. La evolución de los estándares internacionales

Al mercado internacional no le corresponde ninguna instancia política 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. 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 globales.

⁴⁰ Hanau *RdA* 1999, 159

⁴¹ Klare, *The Horizons of Transformative Labour and Employment Law*, en: Conaghan (et.al.) – vid. arriba, nota al pie 22- p. 23

⁴² Vid. Supiot, *Beyond Employment*, p. 191 y ss. Respecto al debate alemán sobre la formación continua en la empresa, véase Käufer, *Weiterbildung im Arbeitsverhältnis*, Baden-Baden 2002. Sería exagerado sacar del Derecho laboral un “derecho de ocupación”. El que en una determinada situación existan pasos intermedios que hayan de ser dirimidos por otras ramas del derecho –aquí el derecho social- no es nada novedoso y requiere únicamente de coordinación.

La práctica conoce una serie de mecanismos jurídicos y fácticos que deben asegurar los estándares mínimos universales⁴³. Hay que citar p.e., las cláusulas sociales, como son conocidas en el ámbito del Derecho de economía exterior de la UE y USA: 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 forzados ni el trabajo infantil⁴⁴. En la Organización Mundial del Comercio no se han podido instaurar aún tales normas, porque muchos países en vías de desarrollo temían que el déficit social pudiera 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 puntero 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 abismo⁴⁵.

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 provechosas fueron las ventajas para las empresas que estaban en activo durante el tiempo del Apartheid en Suráfrica⁴⁶, lo que por otra parte demuestra que los argumentos en materia jurídico-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 justa -en Alemania, contra la Ley sobre la competencia desleal⁴⁷-. 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.

5.- ¿Encaminados hacia un Derecho laboral innovador?

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

Se puede leer en todas partes, que las innovaciones técnicas y organizativas son de vital importancia para la competitividad de la economía alemana⁴⁸. Sólo cuando

⁴³ Al respecto vid. Hepple, *New Approaches to International Labour Regulation*, *ILJ* (International Law Journal) 26 (1997) 353 y ss.

⁴⁴ Más detalles en Däubler, FS Hanau, Köln 1999, p. 489, 501 y ss.

⁴⁵ Vid. Däubler, *Der Kampf um einen weltweiten Tarifvertrag*, 1997, donde además se reproduce textualmente el convenio de muestras.

⁴⁶ Al respecto, Kittner/Körner-Dammann/Schunk, *Arbeit unter dem Apartheid-Regime: praktische Probleme und rechtliche Rahmenbedingungen der Arbeitsbeziehungen in Südafrika*, 1988

⁴⁷ Vid. BGH NJW 1980, 2018 con notas de Knieper/Fromm; Däubler, FS Trinkner, 1995, p. 475 y ss.

⁴⁸ 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*

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 se sitúa en el centro de las naciones industrializadas; USA, Japón, Finlandia y Suecia gastan gran parte de su producto nacional bruto en este sector⁴⁹. En consecuencia, la República Federal Alemana ha perdido en los últimos años participación en el mercado internacional, a favor de los bienes en investigación y desarrollo intensivos: nos hemos convertido en importadores de alta tecnología⁵⁰. 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 tan absolutamente cualificada, 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 “poetas y pensadores” de una forma más intensa que lo 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 innovación⁵¹, y que también se ha analizado el espíritu innovador del Derecho privado europeo⁵². 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 más bien de personas que “se encuentran al margen”⁵³. También se dice que las ideas innovadoras se desarrollan frecuentemente en secreto y al margen 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 maduro⁵⁴. 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 desarrolló Nixdorf de crear una calculadora para puestos de trabajo, fue rechazada por el mismo

zukunftsfähige Arbeitsplätze, 2002, p. 3; más detalles sobre lo siguiente en Däubler BB (Der Betriebsberater) 2004, 2521 y ss.

⁴⁹ Klotz CF 9/2003, p. 8

⁵⁰ Klotz CF 9/2003, p. 8

⁵¹ Vid. la colección de Schricker (ed.), *Geistiges Eigentum im Dienst de Innovation*, 2001

⁵² Vid. el interesante artículo de Reich, en: Hoffmann-Riem/Schneider (eds.), *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, Baden-Baden 1998, p. 330 y ss.

⁵³ Citado en Klotz CF 9/2003, p. 7

⁵⁴ Véase Kriegsmann, *Personalführung* 4/2003, p. 18, 26

empresario con el argumento, de que tal “juguete” no era necesario y que no tendría posibilidad de venderse en el mercado⁵⁵.

¿Cómo deberían ser las condiciones laborales que favorecieran la innovación?. Preguntado de forma más directa: ¿se puede legalizar y extender la actividad 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 y de proteger 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 prejubilación. 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. Los principios de gestión en el régimen interno de la empresa que fijan tal prohibición 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 necesidad⁵⁶. Esta posible solución favorecería la tolerancia y la accesibilidad en las categorías superiores de la jerarquía.

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 ello⁵⁷. El éxito que luego tuvo la empresa no 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 como en Alemania, tiene que pasar por un procedimiento administrativo costoso que puede durar de 6 a 12 meses, y cuyo resultado es incierto, o bien se resigna o se va por

⁵⁵ En Klotz, CF 10/2003 p. 6

⁵⁶ Algo parecido se prevé en § 21 ANErFG (Arbeitnehmererfindungsgesetz- en forma del llamado “asesor de inventores”. La reglamentación pertinente también se encuentra a menudo en acuerdos empresariales sobre propuestas empresariales.

⁵⁷ Klotz 10/2003 p. 6

convicción junto a los partisanos. Los juristas lo tienen mejor: los libros se pueden conseguir fácilmente y los artículos pueden fotocoparse, por tanto, pueden ahorrarse el gasto en otros medios⁵⁸.

Finalmente, la cuarta condición trata del aliciente material o inmaterial para aquellos que están comprometidos con la resolución del trabajo diario. La ley 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 informática⁵⁹. 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 en la existencia de un acuerdo empresarial acerca de propuestas empresariales. El 12 de enero 2000⁶⁰, 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, en el supuesto de su realización, no sólo la producción, sino que también crea aquellos márgenes de distribución, y 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.

⁵⁸ 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 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.

⁵⁹ Véase la crítica de Diederichsen, *Der Vergütungsanspruch des angestellten Urhebers-Gleichbehandlung mit dem Arbeitnehmererfinder*, 2002

⁶⁰ 6 Ca 5261/03