

Entrevista al Dr. Alfredo Villavicencio Ríos*

Efectos de la Flexibilización Laboral a 20 Años de Vigencia:

La Casi Eliminación del Mejor Instrumento de Inclusión Social que ha Inventado el Capitalismo

Por: Marco Rodríguez Gamero**

Desde siempre, la necesidad por generar puestos de empleo para la creciente tasa demográfica, y por combatir la informalidad ha sido una preocupación de todo gobierno de turno en nuestro país. En las siguientes líneas, desde una postura crítica por parte del Dr. Alfredo Villavicencio, se hablará de aquellos cambios que ha sufrido la legislación laboral desde los años noventa, y cómo éstos han afectado negativamente no sólo la distribución de riqueza, sino también aquellos mismos fines por los cuales supuestamente se dieron estos cambios: la informalidad y la creación de puestos de empleo. La flexibilización laboral conseguida mediante estas normas laborales ha causado un grave impacto en los trabajadores, desprotegiendo sus intereses y desmejorando su posición en la negociación colectiva.

1. En los años 90 se produjo un cambio sustancial en cuanto a la regulación de las relaciones laborales. ¿Cuáles considera que fueron sus principales manifestaciones?

Desde el año 1991, el gobierno de Fujimori conduce un proceso de reforma laboral profundo que implicó un cambio de modelo, de unas relaciones laborales que tenían en el Estado a un protagonista relevante a nivel de la cantidad de normas, a nivel del sentido tuitivo o protector de las mismas en el campo individual, con una jurisdicción laboral especializada, con organizaciones sindicales más o menos difundidas y fuertes, se pasó a un modelo de *laissez faire*, de abstencionismo estatal en el que el Estado redujo radicalmente el número de normas y su sentido tuitivo. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) habló de un proceso tan profundo como el emprendido por Pinochet, que comenzó en las relaciones individuales y luego abarcó todo: las relaciones colectivas, la seguridad social en salud y pensiones, el derecho procesal y el rol administrativo del Estado.

Dentro de los cambios más relevantes que se dieron en esta sustitución del modelo, está la eliminación de la estabilidad laboral y su sustitución por un régimen de despido libre indemnizado; la ruptura del

paradigma de contratación temporal, de utilizar este mecanismo solo para laborales temporales, se pasó a una ampliación a nueve modalidades nominales y una innominada, permitiéndose explícitamente la utilización de la contratación temporal para labores de duración indeterminada. Se produjo una ruptura en esto del principio de causalidad, se eliminó los toques del 10% de los trabajadores en periodo de prueba, se deslaboralizó la contratación juvenil, la intermediación y la tercerización laboral se extendieron sin pausa, pasando del 20% al 50% de la plantilla de trabajadores destacados. Se amplió el poder directivo del empleador permitiéndose la modificación unilateral de condiciones sustanciales, se eliminó la participación de los trabajadores en la gestión y en la propiedad, las reglas de prescripción permitieron la pérdida de derechos de centenares de miles de trabajadores porque se cambió el momento de inicio del cómputo del plazo, que dejó de ser el momento de la extinción del contrato para ser el de la exigibilidad del beneficio, a sabiendas de que los trabajadores que prestan servicio no reclaman generalmente mientras están laborando, entre otros cambios.

En las relaciones colectivas se aprobó un decreto ley que está vigente hasta ahora en su formulación principal y que mereció 16 observaciones de la OIT por

* Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Profesor de Derecho Laboral General, Derecho Colectivo del Trabajo, entre otros en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión de Expertos que redactó el proyecto de Ley General del Trabajo. Consultor de la OIT. Ex Viceministro de Trabajo y de la Seguridad Social.

** Se agradece a las asociadas Ingrid Medina y Laura Torres por la ayuda brindada en la realización de la presente entrevista.

graves violaciones de las normas internacionales que el Perú había ratificado. Se impulsó el sistema privado de pensiones en explícito favoritismo contra el sistema nacional precedente. Y en fin, quizás el ejemplo más claro o final fue que se intentó desaparecer al propio Ministerio del Trabajo y su carácter tuitivo y protector y transformarlo en un viceministerio del Ministerio de Justicia.

Bueno, estos cambios muy importantes que redefinieron no sólo las relaciones laborales sino las relaciones de poder subyacentes entre el colectivo laboral y el colectivo empresarial al interior de un modelo que quiso asentarse fundamentalmente en el favorecimiento de los empleadores como motor principal de una recuperación económica que iba a generar relaciones laborales de mayor calidad que las preexistentes.

“(…) la relación laboral individual es por definición asimétrica en materia de poder negocial, de modo que si no hay una intervención legal o convencional colectiva que establezca un cierto equilibrio de partida, esto queda en manos de la voluntad unilateral del empleador.”

2. ¿Y estos cambios sólo se dieron en el régimen laboral privado?

No, como ya se mencionó, el cambio de paradigma fue total. En el empleo público, la técnica fue diferente pero con iguales efectos. No se cambió el régimen funcional previsto por el Decreto Legislativo N° 276, pero se trasladó a grandes contingentes al régimen laboral de la actividad privada ya flexibilizado y todas las nuevas contrataciones se hicieron bajo un nuevo régimen al que denominaron Servicios No Personales (SNP), y que sirvió para contratar fraudulentamente a los trabajadores como si fueran locadores de servicios, es decir, sin ningún derecho laboral, ni siquiera vacaciones, y con plazos muy cortos para que tuvieran la espada de Damocles de la no renovación encima. Al respecto, le quiero poner un ejemplo: en el año 99 habían en Lima 66 inspectores de trabajo, de los cuales sólo 4 eran funcionarios del régimen del Decreto Legislativo N° 276 y los 62 restantes, es decir, el 94% estaban contratados como SNP. Los encargados de luchar contra el fraude laboral estaban casi todos contratados por el Estado fraudulentamente.

Estos hechos ocasionaron un desbarajuste tan grande en el empleo público del que hasta la fecha no salimos, porque en los casi doce años de democracia los distintos gobiernos han preferido este desorden, que les permite contratar con mucha libertad, al objetivo de institucionalización y respeto de los derechos de los trabajadores públicos. El tema sigue una ruta de

parchado inaceptable, puesto que como los jueces comenzaron a laboralizar a los SNP, aplicando el principio de primacía de la realidad, el gobierno anterior creó el régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS), que segmenta el empleo público legalizando a los CAS como trabajadores de segunda categoría, puesto que prestando los mismos servicios que sus compañeros, tienen un régimen laboral totalmente disminuido.

3. El Dr. Ermida Uriarte en una entrevista calificó dicha situación como “una acabada expresión de flexibilización salvaje”. ¿A qué se refería con tales términos? ¿Usted comparte dicha visión?

Bueno, comparto la expresión de Oscar Ermida porque grafica realmente lo que sucedió. En América Latina fue la experiencia más paradigmática de desregulación, es decir, de eliminación de normas protectoras sin que los campos que estas regulaban sean si quiera transferidos, como sucedió en Europa, a la autonomía colectiva para que sea la negociación colectiva la que se ocupe de establecer una regulación equilibrada. Aquí simplemente se eliminaron las normas y se dejó esos temas a la decisión del contrato individual del trabajo, es decir, a la decisión del empleador porque la relación laboral individual es por definición asimétrica en materia de poder negocial, de modo que si no hay una intervención legal o convencional colectiva que establezca un cierto equilibrio de partida, esto queda en manos de la voluntad unilateral del empleador. Por esto es que se puede utilizar la expresión de que fue una muy acabada muestra de eliminación de protección, de desamparo legal, sin sustitución que velara por cierta equidad y justicia en las relaciones laborales.

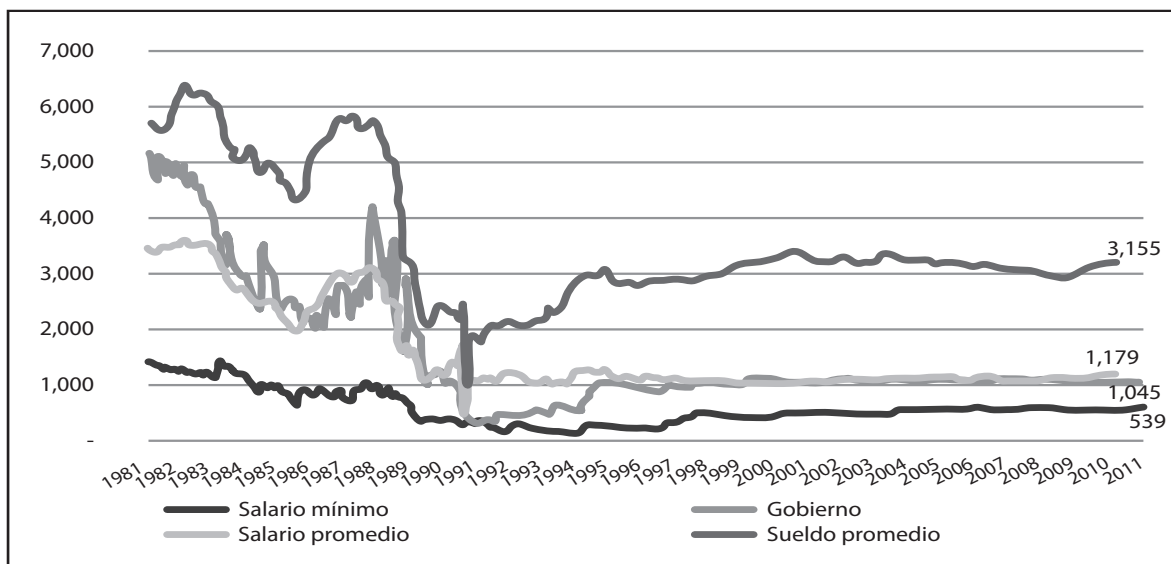
4. De los resultados obtenidos a la fecha, ¿considera usted que la flexibilización laboral ha sido una medida idónea para favorecer la lucha contra la informalidad y la creación de empleos?

Si vemos los datos, la respuesta debe ser necesariamente negativa. Ni se ha creado un número mayor de empleos con derechos, ni se ha conseguido disminuir la tasa de informalidad. En este momento, la tasa de informalidad es casi el doble de la que se tenía en el año noventa. Por lo tanto, la finalidad explícita del Decreto Legislativo N° 728, que se llamó ley de fomento del empleo, que era eliminar barreras para que el empleo pudiese crearse en términos más dinámicos y con mejores derechos, no se produjo, puesto que la informalidad siguió creciendo sostenidamente hasta duplicarse. Lo que si se produjo fue aquello implícito que no se mencionaba en las normas. Es decir, que el valor económico del trabajo y el papel del trabajador dentro de la empresa se vieron profundamente disminuidos. Se eliminaron beneficios laborales cuantitativos y cualitativos, lo que dio como resultado, en términos cuantitativos, un crecimiento a la fecha sostenido de las utilidades de las empresas y un decrecimiento del volumen de recursos que se destinan a los trabajadores.

Y para que no quede en palabra veamos en estos gráficos la enorme caída de los salarios.

Gráfico 1

Sueldos y salarios reales, 1981-2010 (en nuevos soles del 2009)

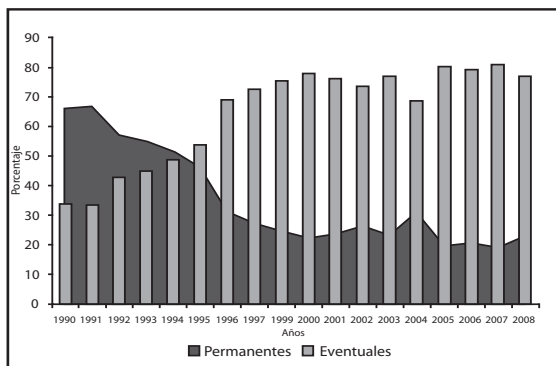


Lima Metropolitana: Distribución de la PEA Ocupada por género según horas semanales de trabajo, 1996-2008 (En porcentajes).

Asimismo, hay que relevar la transformación que ha sufrido el tipo de contrato en nuestro país. De haber tenido más de 70% con contratos de duración indefinida, con la eliminación del principio de causalidad, ahora tenemos 80% de contratos temporales y sólo 20% de indefinidos, con todos los problemas que trae la altísima rotación de la mano de obra, en materia de elevada tasa de accidentes de trabajo, falta de incentivos a la formación y capacitación profesional, segmentación de los trabajadores dentro de la empresa y grave afectación de los derechos colectivos.

Gráfico 2

Lima Metropolitana: Situación del empleo por tipo de contrato, 1990-2008 (en porcentajes)

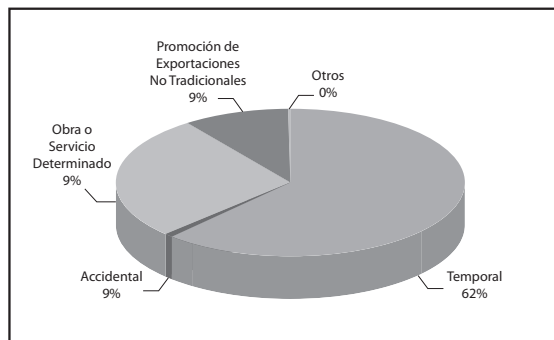


Fuente: De 1990 a 1997 en Olivera (1999) "Ampliación de la cobertura de pensiones: el caso de los trabajadores independientes en el Sistema Privado de Pensiones" Olivera. Convenio MTPE-INEI-ENAHO 1999, 2000, 2001 III Trimestre. MTPE, Encuesta de hogares especializada en niveles de empleo, de 2002 al 2008 III Trimestre. Elaboración propia.

Y los causantes de esta distorsión, ya que somos los únicos en Latinoamérica que no tenemos a la contratación indefinida por encima del 60%, son, como se ve en el gráfico siguiente, los contratos temporales por de inicio o incremento de actividades, que son los que han roto el principio de causalidad y permiten contratar a plazo fijo para labores permanentes.

Gráfico 3

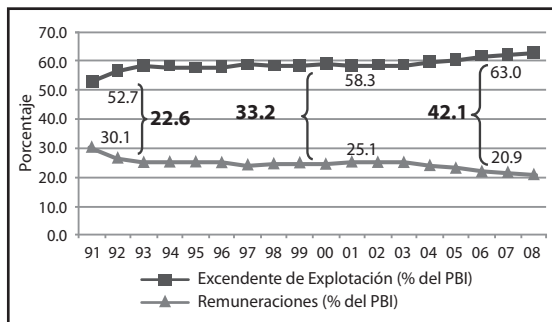
Lima Metropolitana: Contratos a plazo fijo presentados, 2010



Si a esta información le añadimos la caída en picada de la sindicalización y de la negociación colectiva, que tiene ahora una cobertura del 8 %, es decir, una cuarta parte de lo que era en los años 80, podemos entender lo que ha significado la flexibilización en el Perú. Una caída muy significativa de los salarios en las cuentas nacionales y un consecuente crecimiento de las utilidades. Esta afirmación se grafica en la conocida boca del cocodrilo que vemos a continuación.

Gráfico 4

Perú: Evolución de la participación en el PBI según tipo de ingreso, 1991-2008



En este gráfico queda en evidencia cuanto se ha incrementado la brecha entre las rentas del trabajo y las del capital, llevándonos a ser una sociedad mucho más injusta, o si se quiere con una distribución del ingreso más injusta que en los años 80. En el año 92, la brecha era de 22.6 puntos, en tanto que en el 2008 casi se duplica, llegando a 42.1 puntos.

Entonces en los años de máximo crecimiento económico, cuando no hay derechos del trabajo, cuando no hay derechos laborales ni hay sindicato ni negociación colectiva, el resultado es que no hay instrumentos de redistribución y se produce una acumulación en el vértice. Por supuesto que en el Perú ha habido crecimiento, pero en materia de redistribución somos mucho más injustos que en el año 90 y no hemos conseguido revertir las tasas de informalidad y crear empleos con derechos como se pretendía.

Esto es lo que le vengo a decir, las causas explícitas de la reforma no se han cumplido, pero aquellas implícitas, que no se confesaron y se grafican en el análisis del PBI por distribución de ingresos muestran evidentemente

que es lo que en realidad sucedió. Y esto es así porque el derecho del trabajo es el mejor instrumento de inclusión social que ha inventado el capitalismo, porque está vinculado a la esencia del sistema, que es el reparto del excedente entre salarios y utilidades. Desde ese punto de vista, la mejor política social es aquella que busca fortalecer el rol de los trabajadores y de sus derechos en la sociedad. Eso no necesariamente se hace a partir de leyes generales, se hace fundamentalmente a través de la negociación colectiva. Es decir, se hace cumpliendo el mandato constitucional de fomento de la negociación colectiva y garantía de la libertad sindical. Con los instrumentos que nos da el artículo 28 de la propia Constitución, podemos nosotros tener un estupendo mecanismo de inclusión social y redistribución de la riqueza a través de la negociación colectiva.

5. Usted afirma que la flexibilización laboral ha impactado de manera significativa sobre los derechos colectivos. ¿De qué forma lo ha hecho?

Veamos dos gráficos para tener clara la dimensión de lo sucedido.

Gráfico 5
Perú: Tasa de afiliación sindical, 1990-2008 (porcentajes)

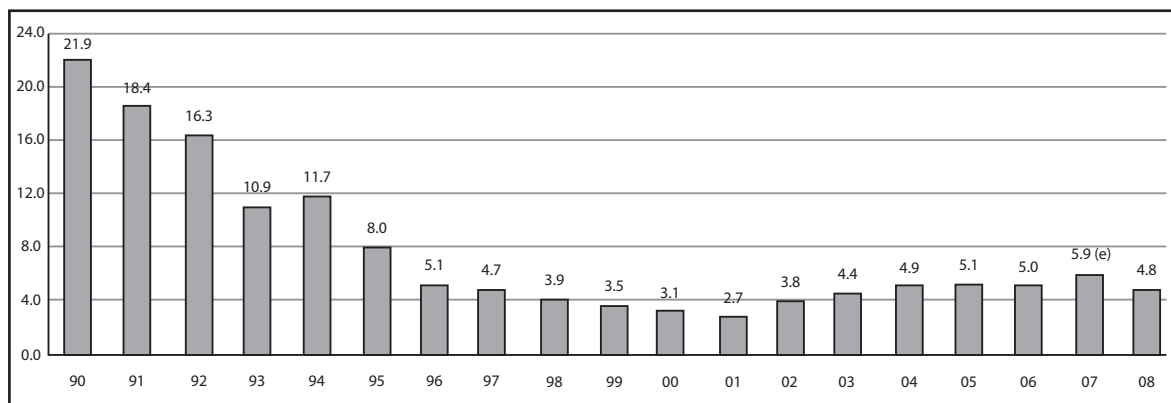
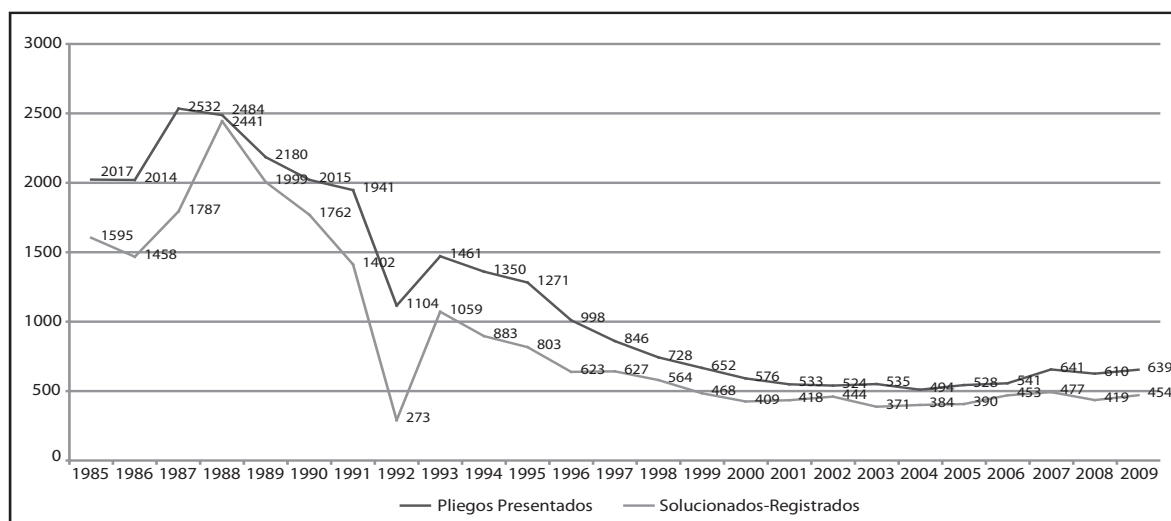


Gráfico 6
Convenios Colectivos, 1985-2009



Los gráficos nos muestran caídas que nada tienen que envidiar a las montañas rusas más famosas. ¿Por qué se produce esto? Quienes hicieron la flexibilidad laboral lo sabían. Había que reducir no sólo la protección legal sino la proveniente de la negociación colectiva y para ello era primordial desregular las relaciones individuales de trabajo. Ellos sabían que existe una relación casi directa entre estabilidad laboral y sindicalización, porque un trabajador que no tiene estabilidad, que lo pueden despedir sin expresión de causa o que está contratado a plazo fijo y que pueden no renovar el contrato porque lo contratan cada 2 meses, ese trabajador nunca va a ejercer sus derechos y libertades colectivas.

Comenzaron, pues, por desaparecer la estabilidad laboral y consagrar un despido libre indemnizado, es decir, si eres parte de un sindicato yo te digo: "pasa por caja, recoge tu indemnización y no te quiero más en la empresa". Monetizó la violación de derechos fundamentales, pero en la eliminación de la estabilidad de salida no quedó la cosa: la emprendió también contra la estabilidad de entrada, eliminando el principio de causalidad en la contratación, que decía que para labores permanentes, contrato indefinido; abrir la posibilidad a que para labores permanentes yo te pueda contratar a plazo fijo, por un mes, dos meses, por tres meses. Como ya dijimos, a ello le agregó la posibilidad de que la empresa pueda tener hasta el 50% de trabajadores subcontratados vía intermediación o tercerización. Deslaborizó a los trabajadores jóvenes, etc.

Sobre esa base, la organización sindical quedó disminuida hasta su casi extinción, porque no hay cómo. Si no son trabajadores, si no están contratados por la principal, si están contratados a plazo, o pueden ser despedidos sin siquiera señalar la causa, la base sindicalizable queda pulverizada. Gracias a Dios el Tribunal Constitucional eliminó el despido *ad nutum*, sin causa.

Pero hasta entonces, en toda la década de los 90 se cambió un paradigma de estabilidad del empleo por uno del despido libre indemnizado. Esa transformación fue letal, pero el golpe de gracia lo dio la propia ley de relaciones colectivas. Primero, acabaron con la base sindicalizable y luego la ley de relaciones colectivas exacerbó un modelo de representación sindical súper atomizado a nivel de empresa o centro de trabajo, imponiendo requisitos y obstáculos para el surgimiento y la actuación de los sindicatos colectivos, incrementó las facultades de cancelación de registros sindicales, al punto que en los años 90 hay 3 años donde las cancelaciones son el doble que los registros de sindicatos. Y estas violaciones fueron tantas y tan graves que la OIT formuló 16 observaciones por flagrante violaciones de los Convenios 87 y 98. Sobre esa base, hay que agradecer que no se haya extinguido el movimiento sindical a la fecha porque podría haber sucedido eso.

6. Usted ha señalado que la tutela colectiva se ha visto afectada por la flexibilización laboral. ¿En qué medida ello guarda relación con la redistribución de la riqueza?

El principal instrumento de redistribución de riqueza en el mundo moderno es la tutela colectiva, la negociación

colectiva, la organización de los trabajadores ¿Por qué? Porque es el instrumento que les permite discutir en términos de cierta igualdad con el empleador el destino del excedente: si es a utilidades o si es a salarios en alguna dimensión o porcentaje. Entonces, cuando tú reduces 6 o 7 veces la dimensión de la tutela colectiva, los que marcan la tendencia son los trabajadores que no tienen sindicalización ni negociación colectiva.

¿Qué es lo que sucede ahora? Si tú ves la diferencia entre los trabajadores con negociación colectiva y sin negociación colectiva, la diferencia es súper significativa. En promedio, las remuneraciones de abril de 1999 con negociación colectiva 3366, sin negociación colectiva 2396, mil soles de diferencia en promedio entre con y sin negociación colectiva en empleados. Para eso sirven los sindicatos, para mejorar la situación de aquellos que están afiliados y los cuadros lo demuestran. ¿Por qué, sin embargo, se produce el hecho graficado anteriormente con la llamada boca del cocodrilo, según el cual si vemos el PBI por tipo de ingreso casi se ha duplicado la brecha entre utilidades y remuneraciones? Porque el 8% sujeto a negociación colectiva no marca la tendencia, la tendencia la marca el 92% de trabajadores que no tienen tutela colectiva. Entonces, ese 96% hace que esta brecha sea casi duplicada en 20 años. Otra cosa hubiera sido que continuemos con un 40% de trabajadores recibiendo un trato económico mejor en función de su nivel de sindicalización. Como esto se ha vuelto casi diminuto, entonces la tendencia la marca las relaciones individuales y ahí volvemos al principio.

La flexibilización peruana a lo que condujo fue a una individualización de las relaciones laborales. Se fue el Estado, eliminó leyes protectoras individuales y generó normas restrictivas para lo colectivo, que llevaron a la casi extinción de la autonomía colectiva.

¿En qué quedamos? En una situación que estamos todavía ahora. Que lo que predomina en el Perú es el pacto individual de condiciones de trabajo, y en ese terreno es el empleador tiene la sartén por el mango. Y por eso nuestra sociedad es bastante más injusta que antes y lo peor es que la causa del ajuste de cinturones no se llegó a cumplir ni mucho menos, puesto que no se disminuyó la informalidad ni se generaron puestos de trabajo decente.

7. ¿Usted considera, entonces, que la autotutela resulta más idónea que la heterotutela en el marco de las relaciones laborales?

Si, con carácter general. Creo que cada una tiene su rol. A la ley en un estado de derecho le compete el interés general. Entonces, debe haber heterotutela en los temas que compete a todos los trabajadores del Perú: salario mínimo, lo debe fijar la ley; jornada máxima, lo debe fijar la ley. Pocas cosas más, entre algunas de las cuales están: compensación por tiempo de servicios, como sistema alternativo al seguro de desempleo; gratificaciones, que en el caso del Perú están porque la capacidad adquisitiva de las mismas disminuyó tanto que en el año 89, con el primer gobierno de Alan García, se tuvieron que generalizar. En el tema

aplicable a todos los peruanos, la heterotutela debe jugar un rol.

Pero, el tema mayoritario no es homogéneamente aplicable a todos los trabajadores sino que corresponde a la realidad de cada unidad productiva o de cada sector. Y si queremos tener una regulación que sea, por un lado, adecuada a la situación de cada empresa y cada sector y, por otro lado, con una dosis bastante más intensa de justicia que la relación individual, ese rol no lo juega la tutela colectiva. Ese rol lo juega la autotutela, allí es donde están las virtudes principales de la negociación colectiva que otorga una protección a medida, para una unidad concreta de acuerdo a la situación económica de esa empresa, si quieren ustedes. Pero que la otorga desde una posición de mayor equilibrio que lo que se da en las relaciones individuales. Entonces, es más idónea que la ley, porque la ley solo está hecha para situaciones generales, no puede aplicarse a casos particulares. Pero es más idónea también por otras razones. Porque además de responder a la realidad, es una regulación pactada y uno siempre es mucho más afín a cumplir aquello que pactó que aquello que le impusieron. Entonces, allí hay 3 o 4 campos mencionados que hacen que ya en la fijación concreta de condiciones de trabajo, que trasciendan este ámbito de lo general, la tutela colectiva, la autotutela tenga mucho más ventajas que la heterotutela.

8. En cuanto a los derechos colectivos, ¿cuáles considera que son los retos del actual gobierno?

El primero de ellos, tener una actuación constitucional, es decir, cumplir con las obligaciones de garantía de la libertad sindical y de fomento de la negociación que de manera absolutamente explícita plantea el

artículo 28. El segundo paso, en la misma línea, debe ser levantar todas las observaciones formuladas al Perú por los órganos de control de la OIT. En tercer lugar, debe producir una regulación que proteja a los trabajadores de las conductas antisindicales. En cuarto lugar, debe eliminar la contratación temporal para labores permanentes, debe legislar de manera detallada sobre la estabilidad laboral, al menos en los términos de la reformulación que en este campo ha generado el Tribunal Constitucional.

En quinto lugar, deben eliminarse algunos regímenes especiales que no tienen justificación alguna. El de exportaciones no tradicionales, por ejemplo, esta demostrado documentadamente por el propio Consejo Nacional del Trabajo que después de 41 o 42 años de existencia, no tiene ningún fundamento, no se puede hablar que lo textil en el Perú es una exportación no tradicional a estas alturas y mucho menos se puede dejar en manos de los empresarios la contratación por 20 o 30 años de personas a plazo fijo, contratación continuada e ininterrumpida como régimen promocional. Los regímenes promocionales siempre tienen una duración determinada, en este se ha vencido con creces. Lo mismo en el caso de Ley de Micro y Pequeña Empresa que se construyó, se dio con el mismo discurso para formalizar hay que reducir el valor del trabajo y los resultados en la primera ley del 2003 y en la segunda ley del 2008 son absolutamente gráficos de que ese no es un instrumento adecuado para fomentar la formalidad. El porcentaje de empresas y trabajadores acogidos a este régimen es ínfimo verdaderamente, por lo que el sacrificio de los derechos de esos trabajadores no tiene ninguna justificación en ningún resultado que conlleve modificar el status de informalidad ☒