

La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas^(*)

Oscar Ermida Uriarte

Abogado. Profesor de Derecho Laboral en Universidades del Perú y Uruguay. Consejero Regional de la OIT en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales para América Latina.

I. EL CONTEXTO TEORICO DE LA FLEXIBILIDAD

1. El debate sobre la flexibilidad involucra a la propia esencia del Derecho laboral, puesto que incide en la finalidad y orientación de la norma, cuestionando la concepción tradicional que se ha tenido a su respecto.

Se puede hablar en esta materia de una teoría y de una contra-teoría, de una tesis y de una antítesis; la teoría es la versión tradicional, que se expresa en dos principios básicos, el principio protector y el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Esta concepción ha sido generalmente entendida muy autónomamente de otras variables que pueden incidir en la relación de trabajo. Muy especialmente, se le concibe con independencia respecto de la variable económica. Cualquiera fuera la ideología predominante en materia económica, se ha entendido al Derecho del Trabajo con independencia de la Economía, y podría aún pensarse en una suerte de valoración de lo social por sobre lo económico.

Buena parte del desarrollo de la legislación laboral latinoamericana e inclusive de las reacciones legislativas latinoamericanas ante el incremento del desempleo y las crisis económicas de las empresas en los últimos años, se inscribieron todavía en esta versión. Puede mencionarse la adopción de un seguro de paro en países que no lo tenían, como en Venezuela en 1989, la adopción del primer fondo latinoamericano de garantía salarial para el caso de insolvencia patronal, como en Argentina en 1986, el perfeccionamiento

del sistema de los privilegios de los créditos laborales en caso de insolvencia patronal, como en Perú en el año 1986, la introducción de un sistema rígido de estabilidad en el empleo, también en Perú el mismo año, la adopción de Constituciones, en Brasil en 1988 y en Colombia en 1991, particularmente protectoras y detallistas en la reglamentación tuitiva de los derechos de los trabajadores, la adopción en 1990-1991 de la Ley Orgánica del Trabajo en Venezuela, un nuevo Código del Trabajo, que responde al mismo lineamiento tradicional unilateral y protector.

2. Durante mucho tiempo las únicas excepciones a esto, fueron la desregulación del "plan laboral" chileno, y Panamá, que en los primeros días de 1986 aprobó lo que fue la primera ley flexibilizadora en América Latina (abstracción hecha del caso de Chile, que para algunos expertos ha sido un ejemplo de desregulación masiva de la reglamentación del Derecho del Trabajo).

Sin embargo, a partir de 1988, aparece en América Latina una tendencia a introducir medidas de flexibilización en la legislación. ¿A qué responde esto?

Responde a la contra-teoría, a la otra versión que contradice a la visión unilateralmente protectora del Derecho del Trabajo. Una contra-teoría que parte de una crítica económica o economicista al proteccionismo laboral y que sostiene, por expresarlo resumidamente, que la protección o el exceso de protección produce un efecto inverso al querido, generando desinversión o desempleo, desarticulando la creación de nuevos puestos de trabajo.

(*) *Reconstrucción de la conferencia dictada en las Primeras Jornadas Chileno-Italianas de Derecho de trabajo, organizadas por la Universidad Nacional Andrés Bello, Santiago, 1990. El presente texto fue*

actualizado por el autor, incorporando las novedades legislativas registradas en el curso de 1991.

En realidad, esta percepción del Derecho laboral y de la Economía, no es nueva. Se trata exactamente de los mismos argumentos que se manejaron en todos nuestros países cuando se implantó la legislación laboral, como en el caso de las normas sobre la limitación de la jornada, o cuando se establecieron por la vía del seguro social o del seguro privado obligatorio, las primeras leyes contra accidentes de trabajo. El mismo tipo de argumentos se sostuvo en la década del 60, cuando se teorizó sobre una concepción del derecho laboral al servicio del desarrollo económico, y reaparece a partir de la década del 70, primero con la concepción de un derecho laboral que debe proteger el empleo y luego, ya mucho más elaborada, con la idea de la flexibilización.

3. La propuesta flexibilizadora consiste en aflojar, eliminar o adaptar, según los casos, la protección laboral clásica, para aumentar el empleo, la inversión o la competitividad internacional.

Esta contra-teoría que viene de la economía, ha sido presentada por algunos juslaboralistas en términos de que en el Derecho Laboral ha habido dos grandes fases, una primera de compasión social, donde lo que se busca es la protección legislativa del trabajador subordinado considerado casi como un minusválido, y una segunda de crisis, que sería la actual, en la cual se busca que el derecho del trabajo más bien sea un instrumento que ayude a superar la crisis económica. Cada una de estas fases tendría ciertas características; la primera se caracterizaría por los institutos y principios de estabilidad de los derechos; típicos de la segunda serían el contrato de duración determinada, los contratos atípicos, el favor a la pequeña empresa.

Hay que preguntarse si estas son etapas, o si, en verdad han existido siempre, como dos concepciones de lo que debía ser la legislación laboral, sólo que en distintos momentos históricos han tenido una y otra concepción, pesos diferentes.

4. En todo caso, al margen de su conveniencia o inconveniencia, –aún al margen del problema mayor de su compatibilidad con la finalidad del Derecho del Trabajo–, la flexibilización de la legislación laboral plantea dos o tres problemas técnico-jurídicos de primera magnitud, a saber: (1^º) el de su relación con la **irrenunciabilidad**; (2^º) la cuestión del **alcance y eficacia de la autonomía colectiva**, cuando ésta es el instrumento de normas "in pejus" y/o que afectan derechos individuales de los trabajadores; y (3^º) el problema de **las relaciones entre ley y contrato colectivo**, cuando éste, en cuanto fuente formal de políticas flexibilizadoras, afecta o se detiene ante los mínimos fijados por la ley.

II. CLASIFICACION DE LAS FLEXIBILIDADES

5. Cuando se analiza el concepto de flexibilidad, uno puede preguntarse si es que se está ante una presión empresarial para demoler las conquistas sociales o ante una adaptación de la legislación: ante una regresión o ante una modernización.

También es posible preguntarse si se está en presencia de una o de muchas formas de flexibilidad. Puede admitirse la existencia de muchas formas de flexibilizar, siendo posible señalar algunas de ellas.

6. Una primera clasificación es la planteada por J.C. Javillier, que sostiene que en realidad hay tres clases de flexibilidad, una de **protección**, otra de **adaptación** y otra de **desregulación**.

La primera, la flexibilidad de protección, constata que el Derecho Laboral fue siempre flexible, sólo que en un único sentido. La norma laboral, por definición, ha sido siempre superable y adaptable en beneficio del trabajador.

Una segunda clase de flexibilidad, es la de adaptación, que consiste en la adecuación de las normas legales rígidas a las nuevas circunstancias, **a través de la negociación colectiva y en una valoración global de qué es lo más conveniente al trabajador**. La idea central es que no estamos ante una derogación lisa y llana sino ante **una adaptación que se hace a través de la autonomía colectiva**.

La tercera, es la flexibilidad de desregulación, que sí es de derogación simple y llana de beneficios laborales preexistentes.

7. Junto a esta primera clasificación, hay una segunda que distingue diversas clases de flexibilidad, **en función de la fuente jurídica** que la provoca. No es lo mismo la flexibilidad impuesta, sea por el empleador o por acto unilateral del Estado, que la flexibilidad negociada o acordada, que es el resultado de una negociación libre entre los actores sociales.

En un caso, se está frente a una imposición unilateral, así sea del empleador o del Estado, y en el otro, ante una negociación en que se expresa la autonomía colectiva accediendo a modificar un determinado beneficio, un determinado instituto jurídico. Esta forma de flexibilidad negociada vía autonomía colectiva, es lo que permite que en Italia, por ejemplo, se visualice la flexibilización como un paso del proteccionismo estatal al garantismo colectivo: la protección que otorgaba el Estado vía ley, ahora se logra a través de la negociación colectiva, que puede renunciar a algunos derechos a cambio de otros.

8. Es también indispensable distinguir una flexibilidad **condicionada** de una flexibilidad **no condicionada**, venga ésta impuesta por ley o negociada colectivamente. En ocasiones, los trabajadores renuncian gratuitamente a determinados derechos o lo hacen

ante una mera expectativa, por ejemplo, ante la posibilidad de que aumente el empleo o se mantenga. Hay otras en cambio, condicionadas, en las cuales se ha renunciado a un derecho a cambio de otro y el ejemplo típico son los contratos de solidaridad de Bélgica, que suponen un acuerdo de reducción de la jornada, de reducción proporcional del salario y del compromiso del Estado de contratar un determinado número de trabajadores: se renuncia a derechos, pero la contraparte asume unas obligaciones que eventualmente pueden ser consideradas como contrapartidas o equivalentes.

9. En el terreno jurídico es necesario distinguir también según el **instituto** sobre el cual recae la flexibilidad.

Podemos hablar de una **flexibilidad interna**, que modifica aspectos de una relación laboral preexistente y que subsiste, cuando se modifica el horario, la jornada, las condiciones de trabajo, la movilidad dentro de la fábrica, y de una **flexibilidad externa**, que supone una nueva forma de ingreso a la relación de trabajo, vía contratos atípicos, o de salida, de ruptura de la relación de trabajo, vía una facilitación del despido, de la terminación de la relación de trabajo.

10. Habría, en último lugar, que aclarar que también existe una **flexibilidad puramente jurídica**, distinta a la **flexibilidad real**, la de la fábrica. La flexibilidad jurídica sólo es necesaria como un apoyo normativo, como una facilitación normativa de una flexibilidad real: un cambio tecnológico, un cambio productivo, una nueva inversión, la introducción de una nueva línea productiva o comercial.

La flexibilidad real, flexibilidad de la fábrica, flexibilidad productiva o flexibilidad de la producción, alude a la adaptabilidad de la organización productiva. Trataríase de una organización de la producción compatible con la aptitud para ajustar los equipamientos a una demanda variable en volumen y composición. Así, por ejemplo, algunos de los componentes de la fábrica flexible serían los equipos de usos múltiples, la robotización, la informatización del trabajo terciario, y la adaptación del producto a las necesidades del consumidor y a la demanda instantánea. Pero lo esencial de la fábrica flexible residiría en los equipos flexibles, cuya finalidad sería la de responder a una demanda incierta y fluctuante.

Ahora bien: esta flexibilidad real es independiente de la flexibilidad jurídica de los derechos de los trabajadores. **No depende de ésta**. Más aún: es compatible con el mantenimiento de la estructura jurídico laboral tradicional (Boyer).

Tan es así, que combinando los tipos flexibilidad real-flexibilidad jurídica, se ha catalogado como "**flexibilidad baja**" la que procura la adaptación a costa de la depresión de los derechos de los trabajadores, y como "**flexibilidad alta**" la que, en cambio, adapta los equipos y procesos productivos (Coriat, Rojas).

En muchos países latinoamericanos se reclama la flexibilización de la norma sin ninguna contrapartida – que debería ser previa –, de introducción de nueva tecnología, de introducción de nueva inversión, de introducción de un nuevo sistema productivo, etc.

III. LA FLEXIBILIZACION EN EUROPA

11. En los países desarrollados que han practicado algunas formas de flexibilización, parece haber predominado el recurso a la flexibilización de la contratación y de la jornada de trabajo.

La flexibilidad externa de entrada, es decir, la que opera a través de modalidades atípicas o precarias de contratación laboral, fue muy desarrollada en España, en una serie de normas dictadas preponderantemente en 1984 y 1985, las que tienen, para nosotros, una importancia especial, porque años después fueron mal copiadas en el Perú (Decreto Legislativo N° 728 de "*fomento del empleo*" e inspiraron parte de la "*Ley nacional de empleo*" en Argentina Ley N° 24013). Esta normativa española crea variadas y numerosas modalidades de contratación precaria, subsidiada por el Estado, con la finalidad de generar mayor empleo. Ejemplos: el contrato para la formación de jóvenes o minusválidos; el contrato en prácticas; el contrato por tiempo indefinido de jóvenes menores de 26 años desempleados; el contrato indefinido de mayores de 45 años desempleados (este contrato tiene particularidades muy grandes, como un subsidio en metálico de 400.000 pesetas que se paga al empresario por cada contratación de este tipo, más la formación profesional gratuita al trabajador si la empresa lo solicita); el contrato de minusválidos; el contrato a tiempo parcial; el contrato de relevo (que consiste en la contratación de un desocupado inscrito en los registros de desempleo para sustituir a tiempo parcial a un jubilado parcial); el contrato de relevo de la jubilación anticipada (que supone una contratación a plazo de un trabajador desocupado para sustituir a un trabajador que se jubile anticipadamente por el plazo en que ha anticipado este último su jubilación); el contrato temporal para el lanzamiento de nuevas actividades; un contrato temporal para fomentar el empleo; el contrato de interinidad (que es una forma de suplencia más una medida económicamente importante de desgravación fiscal por incremento de plantilla); etc.

Claro que todo ésto se complementa en España, con: (a) los ya adelantados subsidios o exoneraciones fiscales; (b) el seguro de desocupación y otras prestaciones relacionadas con la formación y capacitación profesionales; y (c) un acuerdo bipartito gobierno-sindicatos, luego recogido en una ley de apoyo al control sindical de la contratación precaria, a través del derecho de información.

12. La flexibilidad externa de salida, en Europa, ha recaído menos en la facilitación del despido individual, que en la del despido colectivo por causas económicas y en la previsión de los conocidos programas de reconversión industrial.

13. La flexibilidad interna, esto es, la que recae sobre uno u otro aspecto de una relación de trabajo preexistente y subsistente, ha tenido como principalísimo campo europeo de acción, a la jornada de trabajo en sentido amplio.

En efecto, en esa materia se verificó un "empate decoroso" entre la demanda sindical de reducción del tiempo de trabajo y la pretensión empresarial de disponer de mayor libertad para el uso más o menos intensivo de la mano de obra en uno u otro momento del día, la semana, el mes o el año. Así, la flexibilización de la jornada cundió en casi toda Europa consistiendo, en lo esencial, en un trueque, pactado colectivamente, de disminución del tiempo de trabajo, por mayor libertad patronal en la fijación de los horarios. La "compactación" de la jornada semanal de trabajo (jornada semanal de 3 ó 4 días de trabajo con descanso semanal de 4 ó 3 días), la "modulación" de la jornada (el cómputo del límite máximo no por días, sino por promedios semanales, quincenales, mensuales, trimestrales, semestrales y aún anuales), el aumento de las vacaciones, etc., son mecanismos pactados en los contratos colectivos –con o sin fomento legislativo, según los países–, con el doble resultado de disminuir sensiblemente el tiempo de trabajo, aumentando los poderes patronales para decidir en qué momento utiliza esa menor masa total de trabajo a su disposición.

14. La flexibilidad interna también ha operado –aunque en menor medida que sobre la jornada–, en materia salarial y de movilidad del trabajador.

En materia salarial, los pactos sociales han acordado topes máximos y mínimos de aumentos salariales negociados en los grandes contratos colectivos de rama, y éstos, así como los acuerdos de empresa, han procurado incorporar partidas salariales variables, vinculadas a la productividad, el rendimiento, la producción, las ventas o las utilidades.

Asimismo, los grandes convenios colectivos de rama de actividad europeos, parecen registrar una disminución del número de categorías previstas, lo que tiende a la configuración de un trabajador más polifuncional que pueda desempeñarse en más de una tarea y que, eventualmente, puede ser desplazado de una a otra.

15. Pero en todo caso, el dato fundamental de la flexibilidad operada en Europa es su fuente formal: la autonomía colectiva, a través del pacto social y/o del contrato colectivo por rama de actividad.

En efecto, la flexibilidad es una normativa colectiva, y cuando excepcionalmente viene impuesta por ley, resulta ser sindicalmente controlada.

IV. LAS DIFERENCIAS CON AMERICA LATINA

16. El análisis comparativo de la flexibilización y –más específicamente– el estudio de experiencias europeas y latinoamericanas, no puede hacerse sin subrayar la existencia de muchas diferencias entre América Latina y Europa que, por una parte, desaconsejan cualquier trasplante mecánico y que, por otra, descalifican como verdadera "flexibilización" a muchas iniciativas adoptadas en países de nuestra región. Sin embargo, esas asimilitudes son olímpicamente ignoradas, sea por frivolidad, sea por mala intención, o sea por ambas cosas. Ellas tienen que ver con diferencias de los niveles de vida de los trabajadores, con los distintos niveles de protección social de los mismos y con la fuente formal de (el instrumento jurídico utilizado para) la flexibilización.

17. Una primera diferencia, tan evidente como fundamental, radica en el distinto margen disponible para el achicamiento, ajuste, disminución o desmejora de los derechos, beneficios e ingresos de los trabajadores, aquí y allá. El trabajador-promedio europeo, tiene un salario suficiente, dispone de vivienda y a menudo de automóvil: tal vez sea razonable pedirle a este trabajador que realice cierto sacrificio en su nivel de vida, en beneficio de otros colegas o compañeros desempleados. Pero ¿qué sacrificio puede razonablemente pedírsele al trabajador– promedio de América Latina que, por supuesto no tiene automóvil, que tampoco tiene vivienda decorosa y cuyo salario mensual no le permite cubrir las necesidades básicas de un mes?. Obviamente, el "margen de maniobra" es infinitamente menor, si es que existe. Más aún: hay que preguntarse si es éticamente admisible pretender un tal sacrificio de este tipo de trabajador. En otras palabras: en América Latina, el "margen" no existe o es menor, y de existir, no debería ser utilizado.

18. Pero al mismo tiempo –y esta es una segunda diferencia cuantitativa importante–, hay que preguntarse sobre la eficacia real de esa operación éticamente improcedente. En los países europeos, la participación del salario en la renta nacional supera, largamente (aunque con sensibles diferencias de país a país) el 50%; en América Latina, esas cifras son casi desconocidas (¿escondidas?), pero promedialmente deben ser de hasta el 20 y el 30%. El costo de la hora de trabajo (sumando salarios, aportes sociales, etc.), es entre cinco y diez veces mayor en Europa y Norteamérica que en América Latina. El peso del salario en el costo total de producción y/o en el precio de venta es, también, bajísimo en América Latina (7% en la industria manufacturera peruana, por ejemplo). En este marco, ¿cuál puede ser el efecto económico real, verdadero, de una reducción de los "costos laborales"?

19. La tercera diferencia, también fundamental, se da ya en el campo jurídico y es, a la vez, de connotación cuantitativa y cualitativa: lo que se ha flexibilizado en Europa, aún no existe en Latinoamérica, o existe de manera diferente. Los institutos jurídicos que el mundo europeo flexibiliza, modifica o achica, aún no habían sido plasmados en la legislación laboral de nuestros países. Por ejemplo, la flexibilidad de la contratación se da, en Europa, en un marco jurídico que es, aproximadamente, el siguiente: prohibición o limitación –según los países– de las empresas suministradoras de trabajo temporal; existencia de servicios públicos de empleo con ingerencia directa en la colocación, a veces –como en Italia–, limitando severamente la libertad de elección del trabajador por el empleador; participación sindical en la gestión de los servicios de empleo; seguros de desocupación^(*); programas de capacitación y recapacitación profesional; etc. Todo esto, que es lo que se está flexibilizando en Europa en el campo de la contratación (flexibilidad interna de entrada), no existe en América Latina.

Lo mismo sucede en las otras áreas donde opera la flexibilización europea. La flexibilización de la jornada supone, en Europa, la reducción de la duración del trabajo, mientras en Latinoamérica se propone el aumento del tiempo de trabajo o, en todo caso, nadie propone trabajar menos. La flexibilización salarial supone, en Europa, el entecimiento de mecanismos de ajuste automático que no existen entre nosotros, y la incorporación de formas variables de remuneración, las que, en muchas industrias latinoamericanas, como la textil, eran ya mucho más extendidas aquí, que en el mundo desarrollado.

Por consiguiente, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que lo que se flexibiliza en Europa no existe aún en Latinoamérica, o es infrecuente y poco desarrollado.

20. Pero la más importante diferencia entre la flexibilización europea y la desregulación latinoamericana, es la distinción cualitativa en la fuente formal de derecho que introduce la flexibilidad. Como ya dijimos, la flexibilidad es, en verdad, una normativa colectiva, introducida por la negociación colectiva y/o el pacto social (concertación).

La diferencia entre una adaptación negociada colectivamente y una derogación impuesta unilateralmente por el Estado y el empleador, es tan evidente como la "distracción" con la que a menudo se la ignora.

21. Finalmente, hay, también, una gran diferencia en el papel del Estado, que en Europa es doblemente contradictorio con el de algunos de nuestros países.

En la flexibilización europea: (a) el Estado no deroga la legislación protectora, sino que promueve que las partes sociales negocien colectivamente una normativa que se superpone a la de origen estatal, sin derogarla; y (b) en el campo de la contratación de promoción del empleo, el Estado adopta una actitud "agresiva" de promoción, incentivos, exenciones y subsidios, por una parte, y por la otra, maneja una estructura de seguridad social ya referida que opera como un "colchón" protector o "defensivo".

V. LAS EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS

22. Lamentablemente, en América Latina han predominado hasta ahora, en forma casi exclusiva, modalidades de desregulación salvaje, es decir, de desmejoras laborales unilateralmente impuestas por ley o decreto, frecuentemente de dudosa constitucionalidad o legalidad, respectivamente.

Para algunos, el caso típico de desregulación salvaje es la sustitución de la legislación laboral chilena por el "Plan laboral" primero, y por el "Código del Trabajo" después, operada por el régimen militar que gobernó el país a partir de 1973.

Otros consideran que el extremismo de esta experiencia, su contexto político, etc., la excluyen del concepto jurídico de flexibilidad y aún de desregulación. Desde este punto de vista, la primera ley latinoamericana de desregulación sería la ley 1/1986 de Panamá, llamada de "reforma laboral". En lo esencial, esta norma amplía de dos a tres meses el período de prueba y establece numerosas franquicias laborales para la pequeña empresa y para determinadas industrias de exportación: disminución del plus a pagar por el trabajo extraordinario, redefinición restrictiva del salario, y exclusión de los trabajadores a domicilio del ámbito de aplicación del Derecho Laboral.

La eficacia práctica de la ley 1/1986 no puede ser determinada, dada la crisis política, militar y económica que vivió y vive Panamá desde entonces. Pero este dispositivo tuvo más eficacia fuera de sus fronteras, porque varias de sus disposiciones inspiraron leyes posteriores de otros países: así, la ley panameña 1/1986 tiene el valor o el disvalor –según como se la mire– del antecedente.

En efecto, la ley de "reforma laboral" de Colombia (Ley N° 50 de 28.12.90, vigente a partir del 1.1.91), se inspira en la ley panameña desde el propio nombre. Como aquella, reduce la remuneración de las horas extras y redefine restrictivamente al salario.

(*) El seguro de paro existe en Uruguay desde la década del '50, ha sido recientemente implantado en Venezuela, y va a serlo en Argentina.

Pero la ley colombiana va más allá, modificando numerosas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, siempre "in pejus".

Un modelo similar es adoptado en Ecuador, por la Ley N° 133 de 1991. Esta norma "redondea" otros aspectos de la desregulación salvaje latinoamericana, al agregar a la desregulación de los derechos individuales del trabajador, la re-regulación restrictiva de la actividad sindical y la autotutela.

Este proceso de imposición unilateral por el Estado de desmejoras legislativas para el trabajador, alcanza su mayor expresión con la aprobación, en Perú, de un conjunto de "decretos legislativos", sobre fines de 1991. Son más de cien "decretos legislativos" dictados por el Poder Ejecutivo en uso (¿y abuso?) de una delegación legislativa que le hiciera el Congreso. Varios de ellos se refieren a la materia laboral, estableciendo desmejoras en las relaciones individuales o restricciones en las colectivas. El Decreto Legislativo N° 728 edicta una denominada "Ley de Fomento del Empleo" que recoge mucho de la legislación española antes referida y del proyecto de ley argentino que luego diera lugar a la ley que seguidamente se menciona, pero en ambos casos, **excluyendo meticulosamente** todo lo que, en aquellos modelos, supone contrapeso a las exorbitantes facultades patronales (autonomía colectiva como fuente formal habilitante de la celebración de contratos precarios, control sindical, etc.), o protección social contra los efectos más nocivos de la flexibilización (seguro de desempleo), o compromisos estatales (subsidios, exoneraciones, becas).

Analizada globalmente y en su contexto, es probable que la desregulación impuesta en el Perú por los decretos legislativos de 1991, constituya una de las más abruptas abrogaciones de la legislación laboral, superada en su extensión e intensidad sólo por las reformas chilenas de 1973-1989. Tal vez constituya un ejemplo extremo de la desregulación salvaje predominante en Latinoamérica, sustitutiva de una flexibilidad civilizada: (a) desmejorada en la protección de los trabajadores, incondicional y unilateralmente impuesta por el Estado, al margen de toda negociación y compensación; (b) a menudo con violación de otras formalidades jurídicas (uso del decreto en materias que exigen ley formal, inconstitucionalidad de ésta, invasión o restricción de la autonomía colectiva y la autotutela); y (c) sin que el gobierno asuma ningún papel promotor (todas las ventajas reconocidas al empleador son "concedidas" por el trabajador, ninguna por el Estado, que tampoco desarrolla una política de colocaciones agresiva), ni compensador (el Estado no instauro un seguro de paro, ni otras medidas de seguridad social, ni concede becas de capacitación profesional).

23. Ahora bien: esta corriente de desprotección impuesta, no ha sido exclusiva ni unilineal. Por el contrario, coexiste con lo que podríamos denominar "contraataques protectores": nuevas normas laborales que en otros países –a veces, hasta en los mismos–, retoman o subrayan la orientación clásica del Derecho Laboral (imperatividad, irrenunciabilidad, protección del trabajador, aumento de beneficios, justicia social).

Así, las Constituciones brasileña de 1988 y colombiana de 1991 (está aprobada seis meses después que la ley de desregulación), incorporan a nivel constitucional –o sea al más alto de la jerarquía normativa–, normas, mandatos y principios propios de la teoría clásica del Derecho Laboral. A su vez, la nueva Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela, aprobada a fines de 1990 y vigente a partir del 1° de Mayo de 1991, es un típico "código" protector que ha sido expresamente presentado como la opción por la protección legal del trabajador "en una hora en que desde diversos reductos ideológicos y económicos se intenta desmontar el Derecho del Trabajo" (Rafael Caldera).

Cabe agregar, todavía, que siendo normas protectoras, rígidas y detallistas, tanto la LOT venezolana como, especialmente, la Constitución brasileña contienen, sin embargo, algunas "válvulas de escape" flexibilizadoras. Es interesante, al respecto, la citada Constitución, que recoge la verdadera flexibilidad –vía autonomía colectiva–, en materias de horario de trabajo y de salarios. En efecto, los numerales VI y XIII del artículo 7° de la Constitución de Brasil de 1988, constituyen la primera experiencia de recepción de una forma civilizada de flexibilización –a través de la negociación colectiva–, en el caso, dentro de un marco totalmente protector.

24. La última experiencia latinoamericana a reseñar, esta constituida por la "Ley nacional de empleo" de Argentina. Promulgada como Ley 24.013 a fines de 1991, luego de dos años de trámite parlamentario, es la primera ley de flexibilidad latinoamericana que, siendo propiamente tal, no puede ser fácilmente descalificada como una norma de desregulación salvaje. Esta norma prevé diversos elementos de flexibilidad, en especial, en materia de contratación y de jornada, pero lo hace a través de la autonomía colectiva, con una participación real del Estado en los sacrificios tendientes a la promoción del empleo y a la protección de los desempleados, y con una serie de frenos y contrapesos que recogen parte de la mejor experiencia italiana y española en la materia.

Así, por ejemplo, se prevé la posibilidad de recurrir a contratos atípicos, precarios o inestables, pero dicha contratación sólo podrá ser habilitada por **negociación colectiva**, y estará sometida a la observancia de ciertas formalidades y de ciertas condiciones sustanciales. El Estado promueve algunas de estas modalidades a

través de exoneraciones fiscales, y protege a los trabajadores afectados con un seguro de desempleo. Se prevén, asimismo, mecanismos tendentes a la regularización del empleo no registrado. Se autoriza la reducción de la jornada por acuerdo individual y su modulación por convención colectiva. Se crea un seguro de desempleo, entre muchas otras disposiciones.

Sea cual fuere su imprevisible eficacia o ineficacia, sobre la cual es necesario avanzar una buena dosis de relatividad, se debe destacar que estamos ante la primera ley de flexibilización latinoamericana que toma del modelo europeo la totalidad del mismo: las anteriores "*copiaban mal*", reproduciendo todo lo que aumentaba las facultades patronales, y omitiendo todos los controles, frenos, contrapesos y contraprestaciones. La Ley nacional de empleo argentina contiene buena parte de lo que muchos laboristas hemos denunciado como omitido en las demás propuestas latinoamericanas de flexibilización: (a) admisión de la flexibilidad sólo en cuanto la misma no sea impuesta, sino negociada colectivamente; (b) información y control sindical de las contrataciones atípicas; (c) un sistema de seguro de paro que acompañe las vicisitudes del empleo; y (d) una participación real y activa del Estado en la promoción del empleo, compartiendo sacrificios y asumiendo obligaciones.

25. De tal forma que, la mayor parte de las experiencias concretas que en Latinoamérica han sido presentadas como de flexibilización, no plasmaron flexibilidad alguna, sino que son casos claros de desregulación salvaje de las relaciones individuales y de sobre-regulación restrictiva de las relaciones colectivas.

Sin embargo, estos empujes neolaborales coexisten con reafirmaciones de la legislación laboral clásica, a través de algunas nuevas normas protectoras y rígidas, sin perjuicio de que algunas de éstas incorporen ciertas formas de flexibilidad (la Constitución brasileña de 1988 es un buen ejemplo de éstas).

Por otro lado, la Ley nacional de empleo argentina, promulgada a fines de 1991, tal vez sea la primera ley latinoamericana de flexibilidad propiamente dicha en nuestra región. Por lo mismo, será interesante observar las vicisitudes de su aplicación y sus efectos.

Pero en todo caso, se impone en todo esto una gran relatividad, basada en la ineficacia de los antecedentes, en la incredulidad de que el Derecho Laboral sea el responsable de los fracasos de la Economía, y en la convicción de que, en **América Latina**, la inversión y el empleo dependen de muchas cosas, mucho más influyentes que unos costos bajísimos.

VI. CONCLUSIONES

26. El tema de la flexibilidad plantea, en Latinoamérica, múltiples perplejidades.

La **primera** es, obviamente, la de si encierra una propuesta de dinamitación del Derecho Laboral o sólo una adaptación en aquellos aspectos superados por la evolución. ¿Regresión o modernización?

La **segunda** radica en la incompreensión de la pretendida culpabilización del Derecho del Trabajo por los fracasos de las políticas económicas. ¿Por qué la legislación laboral en especial y el Derecho del Trabajo en general, deben desaparecer o variar sustancialmente, para presuntamente, facilitar la aplicación de una determinada política económica?

Nunca se probó la incidencia negativa de la legislación laboral sobre la eficacia económica. En el Perú, por ejemplo, los períodos de mayor rigidez laboral coinciden con los de mayor empleo y los lapsos de más flexibilización laboral coinciden con los de mayor desocupación.

En rigor, la inversión y el empleo dependen, en **América Latina** de muchos factores, ajenos a los costos laborales: éstos son tan bajos, la participación del salario en la renta nacional y en los precios de venta son tan ínfimos que (en la realidad, y aunque se diga lo contrario sin demostrarlo), parecería que poco o nada puedan influir en las decisiones empresariales de inversión y de empleo. Obviamente, la situación puede ser diferente en Europa, donde los costos laborales son entre 5 y 10 veces más altos y la participación del salario en la renta nacional entre dos y tres veces mayor.

A todas estas dudas, se suma una reserva ética, sobre la justicia de hacer recaer en los trabajadores el presunto costo de la eficacia económica. Yo sé que esto puede sonar "*antiguo*", especialmente para los economistas neoliberales y para algunos neolaboralistas, pero eso, en el fondo, es una mera frivolidad, un problema de modas: la justicia sigue siendo la razón de ser del Derecho.

La **tercera** perplejidad, derivada de la anterior, viene dada por el relativismo que empapa cualquier consideración verdaderamente objetiva de esta cuestión. Si no tenemos claro que la legislación laboral tenga realmente un efecto estimulante o desestimulante de la inversión y el empleo en **América Latina**, si tampoco está claro cuál ha sido el éxito o fracaso de las leyes de flexibilidad o de desregulación en la creación de empleo, si al mismo tiempo esta tendencia coexiste con tendencias contrapuestas "*clásicas*", es muy difícil –si no imposible–, formular un juicio objetivo, serio y preciso sobre los efectos reales de la flexibilización.

En **cuarto** lugar, la "*flexibilidad*" es una expresión polisémica, especialmente en Latinoamérica, donde su uso ambiguo debería ser corregido. Aquí, la mayor parte de las políticas de "flexibilización" han sido, en verdad, de mera desmejora impuesta unilateralmente por el

Estado: desregulación salvaje presentada bajo el rótulo de flexibilidad. Simultáneamente, las pocas normas latinoamericanas de flexibilidad propiamente dicha, son de difícil o imposible valoración práctica, por el momento: las dos disposiciones flexibles de la Constitución brasileña de 1988 han recibido muy escasa aplicación, por el momento, y aún no sabemos como funcionará la Ley nacional de empleo argentina de 1991.

Esa polisemia también se aprecia, en Latinoamérica, con referencia a las diversas clases o tipos de flexibilidad. De hecho los mayores embates flexibilizadores o desreguladores se han abatido sobre la denominada flexibilidad externa y –dentro de ella–, sobre la de entrada, fomentando la contratación precaria. Hay unos pocos casos de flexibilidad de la jornada, muy pocas previsiones jurídicas de verdadera flexibilidad salarial y casi ninguna de movilidad interna. Lo que sí ha cundido, es la desmejora impuesta, de hecho o de derecho, especialmente –aunque no exclusivamente–, en materia salarial.

Finalmente, llama poderosamente la atención que siendo la flexibilidad una disciplina colectiva, en América Latina haya predominado la imposición de una caricatura de ella a través de la norma estatal o del mero incumplimiento: el Estado abroga sus propias normas sin antes haber intentado exigir su cumplimiento. Como ya dijimos, la autonomía colectiva es el instrumento fundamental de la flexibilidad. Pero en América Latina ese instrumento ha sido sub-utilizado y, lo que es peor, está muy poco desarrollado. Corrección:

está oprimido por un intervencionismo y reglamentarismo étático que limita la libertad sindical, la autonomía colectiva y la autotutela.

En efecto, la teología neoliberal procura derribar la legislación protectora de los derechos individuales del trabajador y mantener o aumentar la legislación restrictiva del ejercicio de los derechos y actividades sindicales. La contradicción o desviación es obvia, máxime si se tiene en cuenta que salvo algún caso aislado, la legislación laboral latinoamericana se caracteriza por un moderado intervencionismo protector en las relaciones colectivas y por un agudo intervencionismo represor de la actividad sindical, la autonomía colectiva y la autotutela, en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo.

Si es así, como es, y si de flexibilizar se tratara, sería ineludible comenzar flexibilizando el Derecho Colectivo del Trabajo y no el Derecho Individual del trabajo. Y ello por dos razones más que evidentes: (1^º) porque la legislación sindical latinoamericana es infinitamente más rígida e intervencionista que la legislación de las relaciones laborales individuales; y (2^º) porque una tal autonomización de las relaciones colectivas de trabajo y una promoción de la sindicalización, de la libre negociación colectiva y del libre ejercicio del derecho de huelga son indispensables para que pueda desarrollarse una negociación colectiva –hoy inexistente o subdesarrollada–, que es la fuente formal legítima de una flexibilización civilizada del Derecho Individual del Trabajo.