

FLEXIBILIZACION Y DESREGULACION

Mario Pasco Cosmopolis¹
Profesor de Derecho Laboral
Pontificia Universidad Católica del Perú

A lo largo de la existencia del Derecho Laboral el principio de continuidad ha implicado la necesidad de protección progresiva a los trabajadores sin admitir concesiones en los logros alcanzados. En la actualidad, con mayor intensidad, esta concepción del Derecho Laboral se ve matizada por los cambios estructurales que, en general, afectan a todos los países de Latinoamérica. En este sentido, el profesor Pasco realiza un análisis de la reforma laboral catalogándola como reforma liberal. Así, distingue entre flexibilización y desregulación como planteamientos distintos de la misma, mostrándonos tendencias disímiles en la aplicación de dichos planteamientos dentro de Latinoamérica. La conclusión es contundente: debemos defender los valores esenciales del Derecho Laboral sin pretender preservar las conquistas que ha logrado a lo largo de su existencia, las cuales muchas veces son coyunturales y contingentes. La flexibilización es necesaria.

El Derecho Laboral, tal como fue concebido y se desarrolló por décadas, consistía en un sistema unidireccional y progresivo, en el que los derechos de los trabajadores se iban acumulando por adquisición y en el que resultaba inconcebible o, al menos, difícil de aceptar toda regresión o retroceso.

Basado en el concepto fundamental de la protección al hombre que trabaja, su esquema ideal estuvo fundado en el principio de continuidad que, convertido en norma de garantía para el trabajador, se tradujo en la estabilidad laboral cuya finalidad es garantizar la permanencia del contrato en forma indefinida. La relación de trabajo debía así prolongarse tanto como la causa que la origina. Según estos valores, la eventualidad o la precariedad del vínculo laboral resultaba indeseable; la contratación a plazo fijo o temporal sólo podía servir para atender necesidades transitorias, únicamente por excepción y siempre y cuando existieran circunstancias objetivas que la hicieran necesaria o que la justificaran; las normas consagratorias de los derechos - la jornada máxima, el descanso dominical, etc. - debían ser exigibles de modo riguroso e inexorable; las facultades del empleador tendían a ser administradas con la máxima objetividad y con la mínima discrecionalidad, introduciéndose para limitarlas correctivos o elementos de contrapeso para garantizar los derechos y, sobre todo, la dignidad de los trabajadores; la ruptura de la relación laboral, entonces, no podía quedar librada al arbitrio patronal sino que debía estar sometida a una causalidad objetiva.

¹ Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Este esquema, en el que hemos vivido todas estas décadas, concebía la idea de un Derecho Laboral irreversible, con beneficios acumulativos e, incluso y sobre todo, intangibles: las conquistas eran conquistas para siempre; los avances no tenían posibilidad de retroceso. Tales ideas, dicho esquema, se sustentaban, a su vez, en una visión al mismo tiempo utopista y reivindicativa y en un optimismo económico que veía posible y hasta cercana la sociedad de generalizado bienestar.

Hablar de reforma laboral, dentro de tal contexto, significó siempre hacer mención a cambios de la legislación que habrían de traducirse en un mejoramiento de las prestaciones, en un incremento de los beneficios, en una acentuación de la protección de los trabajadores.

La crisis mundial de los setenta, que hizo tambalear todas las estructuras y puso a prueba los preconceptos en materia social, la reaparición triunfante del liberalismo como conjunto ideológico y la súbita e inesperada caída del mundo socialista provocaron una ola revisionista de todos aquellos conceptos, culpados injusta y exageradamente de ser la causa de males que en realidad no les son imputables. Al menos, no totalmente.

Desde el neo-liberalismo, voces cada vez más airadas comenzaron a atacarlos; afloraron nuevas tesis de signo inverso a las que habíamos siempre sustentado desde las trincheras del Derecho Laboral. La protección, se nos dice, se ha convertido por obra del Derecho Laboral en hiperprotección; la estabilidad laboral, por ejemplo, no protege al débil sino al mal trabajador, no estimula la eficiencia sino la improductividad, no la disciplina sino el caos. Las normas laborales - se nos decía, se nos sigue diciendo - crean distorsiones en el mercado de trabajo, introducen rigideces. "Debemos flexibilizar", dicen los moderados; "Debemos desregular, aniquilar al Derecho Laboral", nos dicen los desafortunados.

Y se sustentan las tesis de que el mercado es sabio y que distribuye equitativamente los recursos; que el empleo, los salarios, las condiciones de trabajo deben regularse mediante el único mecanismo eficaz: la ley de la oferta y la demanda. "Si liberamos las fuerzas del mercado -afirman- esto traerá necesariamente la prosperidad y esa prosperidad será tan abundante que después de colmar las arcas de los ricos rebalsará y se derramará hacia los pobres haciéndolos ricos a ellos también".

Sin llegar a lo grotesco ni a lo caricaturesco, quienes se plantean seriamente este tema admiten que hay un elevado porcentaje de verdad en este esquema,

que no son sólo cantos de sirenas. En efecto, la hipertrofia proteccionista a que podría haber llegado en algunos países el Derecho Laboral puede realmente terminar perjudicando a aquellos mismos a quienes buscaba proteger. La proliferación reglamentaria impide la vivacidad de las empresas para resolver los problemas inmediatos con la rapidez y eficacia que hoy impone un mundo competitivo.

Este es el punto de partida de la llamada Reforma Laboral. Su signo ha cambiado: si en los viejos tiempos reforma laboral significaba progresión, acentuación de la protección y del garantismo, hoy un respetado maestro italiano, el profesor de la Universidad de Bologna Umberto Romagnoli, nos dice "*Di garantismo si può anche morire*".

¿De qué sirve la estabilidad para quienes no tienen empleo?, ¿qué significado tienen las vacaciones o el descanso semanal para un desocupado a quien precisamente lo que le sobra es el tiempo libre? La realidad creciente, preocupante, amenazante de la época actual en nuestros países son los desocupados y los sub-empleados. Hoy son más en algunos países quienes carecen de un empleo que aquellos que tienen un puesto formal; porque precisamente **la informalidad, que es la forma más nociva y perversa de desregulación de facto**, crece y crece por doquier.

Hablar de reforma laboral hoy, entonces, es hablar de una reforma que ha cambiado de dirección y quizás hasta de nombre: **no es la reforma laboral sino la reforma liberal**.

¿FLEXIBILIZAR O DESREGULAR?

La corriente neoliberal acusa a los laboristas de haber creado un derecho hiperprotector, que garantiza un amparo exagerado a un núcleo de trabajadores cada vez más reducido numéricamente, al tiempo que margina y coloca en virtual indefensión a una periferia creciente, cada vez más numerosa.

Los planteamientos sobre la flexibilidad nos dicen que en el derecho del trabajo hay demasiada protección y poca libertad. Se ha pensado demasiado en proteger al trabajador y demasiado poco en proteger la viabilidad económica de la empresa, que al fin y al cabo es su fuente de trabajo. De esa hiperprotección han nacido rigideces que no sólo son gravosas para las empresas sino también, indirectamente, para los trabajadores, cuya fuente de trabajo se ve socavada o no crece. La reglamentación del trabajo impide que las empresas organicen eficientemente su fuerza de trabajo: no pueden adaptar el nivel de

sus efectivos a sus necesidades productivas, no pueden redistribuir las horas de trabajo de manera que sigan lo más ajustadamente posible sus ciclos de producción, no pueden repercutir sobre los salarios la reducción de sus márgenes beneficiarios, no pueden reasignar labores a aquellos trabajadores momentáneamente inocuados. Estos males, agrega, se deben combatir en su raíz misma, es decir atacando a aquella reglamentación que ha creado las rigideces. Y se concluye que, si se pretende que las empresas produzcan eficazmente y creen empleos, es indispensable "flexibilizar" las normas laborales creadoras de rigideces. Se debe pues abandonar o cuando menos moderar la idea de regular el mercado de trabajo mediante instituciones rígidas.

La lógica derivación de aquella es la denominada flexibilización, que es definida por Arturo Hoyos como "la posibilidad de la empresa de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes con celeridad".²

Muchas veces se habla también de desregular. Flexibilización y Desregulación ¿son términos sinónimos, antitéticos o simplemente distintos?

En nuestro concepto y como instruye con precisión Rosita de Nazaré Sidrim Nassar³, flexibilizar se vincula "a la necesidad de conceder a las reglas obreras mayor plasticidad, maleabilidad, destituyéndolas de la rigidez tradicional"; hacer flexible lo rígido, en suma. Desregular es dejar sin regulación, privar de normatividad.

Por tanto, flexibilizar es mantener un derecho o beneficio laboral, pero reduciendo su alcance, profundidad o contenido, para adaptarlo a las necesidades empresariales; y desregular implicaría suprimirlo, eliminarlo totalmente.

"La flexibilidad - dice Juan Raso Delgue⁴ - puede significar ilimitada desregulación, pero también puede tener el alcance de un ajuste encausado en

límites precisos". A lo que agrega que "existirá siempre el límite humano a la flexibilidad. Una desregulación absoluta del Derecho del Trabajo llevaría hoy en día a situaciones de violenta explotación. Bajo la presión del mercado internacional - enfrentado en una competencia feroz - se llegaría a promover ritmos de productividad y espacios de inseguridad tan grandes que llevarían a la destrucción del elemento más importante del trabajo: el hombre".

Concluye por lo tanto Raso en que "puede considerarse necesaria y útil la flexibilización, pero sólo en la medida que la misma signifique la racionalización del aparato normativo del Derecho del Trabajo, adaptándolo a las transformaciones de una sociedad en mutación."

LA REFORMA LABORAL EN AMERICA: TRES APROXIMACIONES

Aunque la tendencia prevalente en nuestro continente transita fervorosamente por la corriente flexibilizadora, son tres en realidad las tendencias que podemos detectar en América Latina: (1) países con fuerte inclinación a la flexibilización; marcadamente Argentina, Colombia, Perú, en alguna medida Panamá; (2) países de tendencia moderadamente opuesta: Venezuela, República Dominicana; y, (3) un país que está en la reforma de la reforma o sea en la contrarreforma: Chile.

La Reforma Neo-Liberal

La tendencia en Argentina, en Perú, en Colombia, en Panamá y en otros países es clara, una y la misma; pueden ser distintos el énfasis o la profundidad, pero hay total coincidencia en las soluciones. Así como los neo-liberales hablan de la mano invisible del mercado para regular la economía, una misma mano invisible parecería haber escrito los textos legales que plasman la reforma en todos estos países.

Su contenido pasa por facilitar abiertamente la contratación temporal o a plazo fijo o para obra determinada, al tiempo de permitir formas más directas y expeditivas para el término de la relación laboral por iniciativa patronal. Es decir, afectación

² HOYOS, Arturo: La flexibilización del Derecho Laboral en Panamá (1986-1988), en *La Flexibilización del trabajo: un Estudio Internacional*. p. 149.

³ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim: *Flexibilização do Direito de Trabalho*, Editora LTr, São Paulo 1991, p.15.

⁴ RASO DELGUE, Juan: Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del Derecho del Trabajo?, en *REVISTA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS* No. 87, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1993, p. 416

bipolar de la estabilidad: la estabilidad de ingreso por vía de la multiplicidad de los contratos temporales y la estabilidad de salida por vía de la facilitación del despido, todo lo cual se traduce en una masiva precarización de los empleos.

La hipótesis es que la estabilidad laboral provoca desempleo; su alteración y aún su supresión debería traducirse en la creación de múltiples empleos, inicialmente eventuales pero más adelante empleos permanentes.

Esta hipótesis - la de que la supresión o atenuación de la estabilidad genera empleo - no se ha cumplido en España; tampoco por ahora en los países nombrados: Argentina, Perú, Colombia, Panamá. Pero sí ha funcionado en Chile donde el desempleo llegó en su peor momento al 40% - 4 de cada 10 chilenos carecía de empleo - y ahora ha descendido por debajo de 5% - menos de uno de cada 20 trabajadores-.

Pero también la reforma pasa por una nueva concepción de la jornada de trabajo y de los descansos. En Argentina, según el ejemplo francés y español, se habla ahora de aplicar un cálculo de horas por año, un cómputo anual y no diario ni semanal ni mensual: el empleador puede disponer a su arbitrio la distribución de jornadas de trabajo y de descansos que requiera, sin sobrepasar ciertos límites latos; es decir, acumular tiempos de trabajo y acumular también tiempos de descanso.

En el caso del Perú no se menciona todavía en forma explícita el sistema de cómputo anual pero sí jornadas atípicas o acumulativas, en las que el trabajo extraordinario en ciertas etapas se compensa no con pagos efectivos de las horas extras sino con descanso también acumulado, como autoriza el artículo 25 constitucional y reglamenta el reciente Decreto Legislativo 854.

En Colombia, se reduce a 36 horas la jornada en los casos de turnos rotativos, compensada con un incremento de 33% en los salarios.

La reforma amplía el *jus variandi*, fortalece la facultad directriz del empleador en materia de horarios, de categorías, de desplazamiento, de fechas de pago de salarios.

El salario mismo se ve afectado al eliminarse o disminuirse el salario mínimo y al transferirse algunas de las cargas prestacionales del empleador al trabajador.

Otro campo reformado efectivamente es el previsional al aparecer los sistemas privados de

pensiones, incluso de prestaciones de salud como alternativa a los institutos oficiales de la seguridad social, basados en la empresa privada, en la libre elección del asegurado y en la abierta e implacable competitividad. Estos sistemas previsionales tienen entre sus características abandonar la financiación tri o bipartita y hacer recaer la totalidad de su costo en el trabajador.

La reforma clásica

Hay dos países que parecen escapar a la tendencia antes descrita: Venezuela y República Dominicana.

La Ley Orgánica del Trabajo venezolana bautizada como la Ley Caldera en reconocimiento y homenaje a su autor, Dr. Rafael Caldera, hoy Presidente Constitucional, flexibiliza algo pero acentúa más bien aspectos de protección al trabajador.

Igual puede decirse del Código del Trabajo de la República Dominicana, aprobado recientemente y cuyo propulsor fue el maestro universitario y actual ministro de Trabajo Dr. Rafael Alburquerque.

¿Cómo explicar este fenómeno?: mientras la reforma parece ir en una cierta dirección, hay dos países que van en dirección opuesta. Para conocer, para evaluar, para calificar en qué consiste una reforma debemos conocer previamente qué es lo reformado, cómo era el sistema **antes de los cambios**. Es decir, qué ha cambiado, cuál es la magnitud del cambio. Sucede que Venezuela y República Dominicana tenían y siguen, por comparación con otros países, teniendo regímenes básicamente liberales, de escasa o mínima protección al trabajador. Es lo que sucede aparte también, por ejemplo, y en mayor grado con Honduras, Costa Rica, Guatemala, Paraguay. El sentido de cualquier cambio sólo podía darse en esos países para proteger más, porque en dirección opuesta se encontrarían muy cerca del cero. Si fuera posible medir con una sola tasa la legislación peruana o panameña, de un lado, y la legislación costarricense del otro; si la hiperprotección tuviera un calificativo 100 y la desregulación fuera cero: Panamá estaría bastante arriba de 50, Perú posiblemente llegará a 75 o 80 sobre un máximo de 100 que es la hiperprotección absoluta; los países centroamericanos estarían ubicados alrededor de 20 o 25, más cerca de la desregulación, de la indefensión, y alguno quizás más abajo.

Con este ejemplo del máximo 100 y el mínimo cero podríamos decir que Argentina pasó de 65 a 60, Perú de 80 a 70, Colombia de 70 a 50, en tanto que Venezuela creció de 30 a 40 y la República Dominicana de 15 a 30.

El rumbo aparentemente divergente de las reformas revela en realidad un proceso de convergencia cuyo punto ideal quizás se sitúe, aristotélicamente en el punto medio: una legislación que tenga grado 50; que proteja al trabajador sin por eso colocar a las empresas en situación de dificultad.

La contrarreforma

Chile es el mejor ejemplo de ello. Su reforma no fue de simple flexibilización; fue de abierta y despiadada desregulación. En el país austral se suprimió el salario mínimo; se dio paso al despido libérrimo; se eliminaron prestaciones y beneficios; se prohibió la negociación colectiva por rama de actividad; desaparecieron los juzgados de trabajo y el procedimiento laboral. Todas las relaciones laborales quedaron sometidas al imperio del Derecho Civil, a los juzgados comunes, al proceso ordinario.

En nuestra escala, Chile se aproximó peligrosamente al cero. Eso fue durante la dictadura. La democracia está a la búsqueda de un mayor equilibrio, no por vía de la pendulación a la que nuestros países son desgraciadamente tan proclives, sino por la vía de la moderación y de la ponderación. Chile se adelantó 20 años a los cambios: ajustó su economía, la estabilizó y la liberalizó entre 1973 y 1983; adoptó un esquema abiertamente neo-liberal a ultranza, radical y completo; y obviamente incluyó el desmontaje del Derecho Laboral, que conservó desfiguradas unas pocas instituciones esenciales al tiempo que suprimió o mediatizó todas las demás.

Los dos gobiernos democráticos que han sucedido a la dictadura intentan devolver algunos de tales derechos.

APROXIMACION CRITICA A LA REFORMA

Comencemos por advertir que no hay reforma inocua. Toda reforma responde a una finalidad y tiene un objetivo, se basa en una idea o en una ideología. Toda reforma, entonces, tendrá partidarios y detractores según el grado en el que refuerce los derechos y los intereses de cada quien. La reforma neo-liberal tiene, pues, entusiastas adherentes y acérrimos censores, como a su vez los tiene, con el signo invertido, la legislación laboral tradicional

Así como la comparación entre dos legislaciones es siempre difícil porque las semejanzas o diferencias no están solamente en los textos legales sino, sobre todo,

en su aplicación, así también la comparación de dos reformas resulta imposible si no se tiene en cuenta el referente de aquello que se está reformando.

Pero las líneas directrices, aquellas en las que nos hemos extendido en los párrafos precedentes, nos llevan a dos conclusiones, sujetas a evaluación. La primera: la inevitabilidad de estas reformas. Es erróneo pensar - nos dice Luis Enrique De La Villa, un prestigioso autor español inimputable de parcialidad - en el progresismo absoluto del Derecho del Trabajo, "en la medida en que las conquistas que materializa no son invariables ni susceptibles de la no regresión."⁵

Debemos tener claro que el cambio se va a producir con nosotros, sin nosotros, por encima de nosotros o contra nosotros. No podemos ser advenedizos y sumarnos a la cohorte del cambio por el cambio mismo, en contra de nuestros principios, de nuestras convicciones; pero tampoco podemos llevar al extremo esa vocación de salmón que algunos llevamos dentro y que nos empuja muchas veces a nadar empecinadamente contra la corriente.

Los laboristas tenemos un hondo desafío: cómo defender al Derecho Laboral, cómo no abdicar ante la avalancha del neo-liberalismo, como rescatar aquello que constituye nuestro *élan* académico y profesional.

Aquí subrayo la segunda conclusión preliminar: debemos defender la entraña, la esencia, defender el núcleo duro del Derecho laboral. Ceder en lo contingente, en lo coyuntural y defender con los dientes lo esencial. No permitir que se destruya el Derecho Laboral y se construya con sus escombros un derecho patronal que se le oponga. Reivindicar el rol histórico que el Derecho Laboral ha cumplido y sigue cumpliendo. Garantizar su eficacia para extenderlo y para universalizarlo sobre una base pragmática y realista. Es decir, lograr un Derecho Laboral flexible.

CONCLUSIONES

Nuestros países atraviesan un período particularmente dinámico y cambiante. Las líneas de tendencia, en todos los países por igual, aunque con diverso énfasis, apuntan hacia el neoliberalismo.

La modificación de las condiciones de trabajo no tiene por objeto hoy acrecentar y ni siquiera conso-

⁵ DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, cit. por MARTINEZ EMPERADOR, Rafael: Estabilidad en el empleo y contrataciones temporales, IELLSS, Madrid 1983, p.226

lidar las conquistas de los trabajadores, sino relativizarlas cuando no disminuirlas y eventualmente desaparecerlas.

El desafío para el laboralista latinoamericano hoy, desde una perspectiva realista y no ilusoria ni menos utópica, tiene que ser el de cerrar filas en la defensa de los valores esenciales de nuestra disciplina. Si un exceso de optimismo nos hizo creer cercana, en algún momento, la sociedad del bienestar, hoy enfrentamos más bien el reto de la globalización, de la escasez, de la apertura comercial, de la competencia desenfundada, del mercado al que algunos elevan a la condición de totem o fetiche.

Como dijo el maestro Romagnoli, de garantismo podría morir el viejo Derecho Laboral, si en vez de defender **sus esencias** pretendiéramos preservar sus conquistas, que son muchas de ellas coyunturales y no eternas como algunos quisieran.

Si no actuáramos así, arriesgaríamos mucho más: la desaparición del Derecho Laboral, barrido por la marea neoliberal que ve en él una rémora al progreso. Por eso es que, desde variadas trincheras, hemos criticado con todo énfasis los excesos a que llevó el Decreto Legislativo 855, que virtualmente dejaba sin protección al trabajador frente al despido arbitrario, ingresando incluso en una senda de dudosa constitucionalidad.

Frente a norma tan desaforada, ¡Cuán injusta e inexacta resulta la sanción moral que impuso nuestro querido amigo Oscar Ermida Uriarte a la reforma de 1991, a la que calificó como “desregulación

salvaje”! ¿Qué adjetivos tendría que utilizar para referirse a este último decreto?

Más allá de posiciones moralistas, entonces, la flexibilización se nos impone como un esfuerzo de racionalización, de búsqueda de adecuación entre lo ideal y lo real, entre lo deseable y lo posible. Es necesaria además la flexibilización porque no hay alternativa: el Derecho Laboral no puede subordinarse ciegamente a la economía pero tampoco desdénarla ni mucho menos ignorarla.

Como dice con iluminada prosa Orlando Teixeira da Costa⁶: “ Aún, pues, siendo calamitosa nuestra situación, un detalle debe confortarnos a nosotros, juslaboralistas: es que tenemos conciencia de ella. Y ante esa percepción clara, al contrario de otras generaciones, que tuvieron que enfrentar, en épocas anteriores, accidentes parecidos sin percibirlos, podemos replicar con nuestra responsabilidad, para legar algo a los que nos sucederán en el tiempo. No hay duda que se trata de un desafío”.

Por lo tanto, el rol al que la hora nos llama es ser activos promotores de la modernización del Derecho Laboral, única manera de lograr su supervivencia y ¿por qué no? su fortalecimiento, su reverdecimiento, su definitiva consolidación. El reto que tenemos por delante es conseguir en estos tiempos de cambio, que no hemos deseado pero que no podemos impedir, que el Derecho Laboral siga buscando y logre cumplir, dentro del marco de las exigencias y posibilidades de la concreta realidad, ese viejo ideal de una paz auténtica basada en la justicia social.

⁶ COSTA, Orlando Teixeira da: *Direito coletivo do trabalho e crise econômica*, Editora LTr, São Paulo 1991, p.29