

EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS RECENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN AMÉRICA LATINA^{*}

Adolfo CIUDAD REYNAUD^{**}

SUMARIO: I. *Planteamiento.* II. *Formación del sistema de relaciones laborales.* III. *Aplicación de reformas estructurales en la región.* IV. *Flexibilidad e institucionalidad laboral.* V. *Panorama general de los cambios en la legislación laboral.* VI. *Resumen del contenido de la reforma.*

I. PLANTEAMIENTO

En las últimas dos décadas se han producido importantes reformas de la legislación del trabajo en la mayoría de los países latinoamericanos, que se ubican dentro de un proceso histórico determinado en el que influyen diversos factores que deben tenerse presente para un apropiado análisis de su sentido y alcance.

Así, resulta de particular importancia remontarse a los elementos centrales que contribuyeron a la formación del sistema de relaciones laborales, tal cual ha sido concebido a lo largo del siglo XX y hasta antes de las reformas laborales efectuadas en la región. De igual forma, debe tenerse en cuenta la aplicación de las reformas estructurales como parte de la integración de la región en los mercados mundiales, así como los temas centrales de la flexibilidad e institucionalidad laboral, en lo que respecta a sus orientaciones fundamentales.

Teniendo presente estos elementos, debe señalarse que se han producido numerosos cambios en la mayoría de países latinoamericanos, a los que

* Ponencia presentada al VI Congreso Regional Americano de la Sociedad International de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Querétaro, México, 14-17 de septiembre de 2004.

** Profesor de derecho del trabajo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Especialista principal en legislación laboral y administración del trabajo de la Oficina Subregional para los Países Andinos, de la OIT.

nos referiremos en esta ponencia. No obstante, existen unos pocos países en donde la tendencia general ha sido hacia el inmovilismo, aunque se hayan producido modificaciones parciales muy concretas. Se trata de países con códigos o leyes generales de trabajo que datan de finales de la década de los treinta del siglo pasado y que requieren de una necesaria modernización y actualización, como parte de la modernización del país en su conjunto, pero que por la ausencia de una tradición de diálogo social, entre otras complejas razones, tales cambios legislativos no parecerían estar dentro de las prioridades nacionales.

Asimismo, debe tenerse en cuenta una marcada tendencia hacia la huida del derecho del trabajo, que se ha venido concretando a través de diversos mecanismos, como el de la llamada tercerización, intermediación, subcontratación o descentralización empresarial, que desvincula a los trabajadores de las empresas en que prestan servicios, y que tiene como efecto el traslado de la responsabilidad a terceros de todas las obligaciones laborales, así como serias dificultades para el cumplimiento de derechos fundamentales en el trabajo, como la sindicalización y la negociación colectiva, en razón a la estructura sindical y negocial por empresa prevaleciente en la región, salvo unos pocos países, como Argentina, Brasil y Uruguay.

Adicionalmente deben tenerse presente las relaciones laborales encubiertas, a través de las cuales se crea una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley. Para ello se utilizan una variedad de contratos civiles y comerciales que pretenden hacer creer que se está realizando un trabajo en forma independiente o por cuenta propia, cuando en realidad se trata de un trabajo dependiente y por cuenta ajena. Por otra parte, tenemos los denominados contratos de formación, que si bien tienen una finalidad muy importante referida a la formación laboral de jóvenes, en algunos casos se utiliza para excluir del derecho del trabajo, o privar de ciertos derechos, a una cantidad importante de trabajadores que reciben una formación mínima que no justifica tal recorte de beneficios. En estos casos el costo de contratación es mucho menor que el de un contrato de trabajo y sin la protección que éste significa para el trabajador.¹

Otro tema de mucha importancia que puede tener incidencia en la legislación laboral es la celebración de tratados de libre comercio, que in-

¹ Véase al respecto OIT, El ámbito de la relación de trabajo, Informe V, Conferencia Internacional del Trabajo, 91a. reunión del 2003, pp. 27 y ss.

cluyen compromisos en materia laboral o cuentan con un acuerdo paralelo o complementario. Desde 1994 a 2004 se han celebrado seis tratados de libre comercio de tales características, y en estos meses se está negociando el Acuerdo de Libre Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica con Colombia, Ecuador y Perú, donde Bolivia se encuentra como observador y posible integrante. La llamada nueva generación de tratados mantiene el modelo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), pero busca hacerlo más efectivo. Si bien las obligaciones incorporadas en el tratado disminuyen, todas son recurribles, lo que los convierte en más exigentes en la medida que en el TLCAN sólo tres pueden recurrirse.

En definitiva, si bien el modelo actual es más exigente en muchos aspectos, también se puede apreciar una cierta flexibilización con respecto de los tratados precedentes que se referían a un elenco más amplio de normas. A este respecto, debe tenerse presente que en algunos casos podría llegarse a la suspensión de derechos comerciales o a la imposición de importantes multas que podrían ser de hasta los quince millones de dólares si no se cumplen los principios contenidos en la Declaración de la OIT, relativa los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998), o si no se da cumplimiento a la legislación laboral nacional.

Por otra parte, resulta de singular importancia la tendencia hacia la regulación del trabajo autónomo, en la perspectiva de expandir los espacios de operatividad del derecho del trabajo, no sólo para el trabajo dependiente, subordinado y por cuenta ajena, que ha sido la razón central de la disciplina durante el siglo pasado y hasta la actualidad, sino también para el trabajo independiente y por cuenta propia. Esta orientación viene siendo anunciada en Europa hace varios años, donde incluso se cuestiona el nombre del derecho “del” trabajo y se propone el de derecho “al” trabajo o derecho “para” el trabajo, como una forma de no agravar el dualismo preexistente del mercado de trabajo entre los que están dentro de él y los excluidos (trabajo autónomo, trabajo familiar no remunerado, desempleados y subempleados).²

La futura legislación en América Latina tenderá a dejar de colocar el contrato de trabajo subordinado, a tiempo completo y por plazo indeter-

² Romagnoli, Umberto, “El derecho del siglo, ¿y después?”, *Revista Pistas*, núm. 6, diciembre de 2001.

minado, como el centro de un sistema de garantías del cual son excluidos los trabajos desarrollados sobre la base de regulaciones contractuales distintas. La realidad de la estructura ocupacional prevaleciente en la mayoría de los países latinoamericanos nos hace un severo llamado de atención. El trabajo independiente no profesional concentra alrededor del 40% total de los ocupados, además del trabajo familiar no remunerado que en algunos países llega cerca la del 20%.

El gran reto para nuestra disciplina consiste, al decir de Romagnoli, en superar “el dogma interpretativo del pacto constitucional que hace del trabajo asalariado el pasaporte para la ciudadanía”, donde los sindicatos están llamados a representar al trabajador, no sólo subordinado y dependiente, en cuanto ciudadano antes que al ciudadano en cuanto trabajador. La tendencia es, pues, al derecho del trabajo de los ciudadanos como tales, y no sólo para los trabajadores subordinados. Este lúcido tratadista italiano dice que nuestra disciplina deberá “...transformarse en derecho para el trabajo, entendido como el derecho de la ciudadanía industrial en la misma medida que el derecho del trabajo era el derecho de la ciudadanía industrial”.³

Finalmente, deben tenerse presente también otros dos temas centrales, y que sin embargo no se les concede mayor importancia: la insuficiencia de las administraciones de trabajo y de los sistemas de administración de justicia en la región latinoamericana. De nada vale la mejor legislación sustantiva si no existen apropiados mecanismos de supervisión del cumplimiento de la legislación. Los escasos presupuestos con que cuentan las administraciones de trabajo y los sistemas judiciales en materia laboral son demostrativos —en América Latina— de su precariedad. Los servicios de inspección en muchos casos acusan deficiencias de orden normativo y procedural, así como en sus métodos de actuación. Los sistemas administrativos de solución de conflictos son poco estructurados y con muy poca dotación de recursos humanos y materiales.

Además, teniendo en cuenta lo dicho sobre la estructura ocupacional prevaleciente en la mayoría de países latinoamericanos, así como sobre la tendencia a la regulación normativa del trabajo autónomo, los ministerios de trabajo se vienen ocupando —o debieran hacerlo— no sólo de las relaciones de trabajo de los subordinados, sino del tema de la promoción del empleo para los trabajadores que no lo tienen o que teniéndolo es de

³ *Idem.*

muy baja productividad. Es el campo de los emprendedores, de las distintas iniciativas para la autocreación del empleo a través de distintas opciones (microempresas, cooperativas u otra amplia gama de trabajo asociativo). Y en ese sentido los ministerios de trabajo tienen que estar debidamente dotados en el ámbito de la medición, análisis y formulación de políticas activas de creación de empleo de las más diversas características. No obstante, esto supone, en primer término, políticas estatales claras, y en segundo lugar, recursos presupuestarios para diseñar el aparato administrativo apropiado dotado de profesionales en la materia y con la infraestructura adecuada.

Otro tema dramático en el ámbito administrativo es la falta de protección social. Actualmente más de un tercio de los asalariados urbanos no cotizan a la seguridad social en materia de salud en algunos países y de salud y pensiones en otros. Esta situación es particularmente grave en el sector informal, donde los no cotizantes representan aproximadamente el 73% del total de asalariados del sector. Si a estos trabajadores se agregan los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores del servicio doméstico y los desempleados, encontramos que aproximadamente dos tercios de la población activa está fuera de la seguridad social, sea en materia de prestaciones de salud o en materia de pensiones.⁴

En lo que se refiere a accidentes de trabajo, las cifras de la región latinoamericana y del mundo en general son altamente preocupantes. Anualmente pierden la vida unas 350,000 personas por accidentes en su lugar de trabajo, y más de un millón y medio fallecen como consecuencia de enfermedades contraídas en el trabajo. En promedio, diariamente unas 5,000 personas pierden la vida a raíz de accidentes o enfermedades vinculadas a la actividad laboral, lo que equivale a 200 personas fallecidas cada hora y tres personas cada minuto. Muertes que podrían evitarse de contarse con adecuadas políticas, programas y administraciones debidamente dotadas de medios suficientes. Pero pareciera que no muchos parecen percibirse de que el derecho a la vida es requisito indispensable para gozar de los derechos fundamentales en el trabajo. Y a este respecto, América Latina tiene una alta tasa de siniestralidad del 13.5% por cada 100,000 ocupados, en materia de accidentes ocurridos en el lugar de trabajo.

⁴ OIT, Globalización y trabajo decente en las Américas, Informe del Director General a la XV Reunión Regional Americana de la OIT, Lima, diciembre de 2002, pp. 28 y 29.

En lo que respecta a la administración de justicia, es de larga data el refrán que dice que “la justicia no sólo debe ser justa, sino oportuna”. Justicia a destiempo, justicia tardía no es oportuna, ni es justicia. No obstante, los procedimientos judiciales en materia laboral son eminentemente escritos, formales, lentos, y en consecuencia, caros, difícil de financiar por el común de los trabajadores individualmente considerados. Y en lo que respecta a las acciones de naturaleza colectiva, los jueces cuestionan su accionar o someten sus reclamos a procesos y métodos de actuación que las convierten en inconducentes. Los jueces no están preparados para procesar casos colectivos, por lo que prefieren las acciones de naturaleza individual. Por ejemplo, un despido colectivo tiene que ser enfrentando a través de centenares de procedimientos individuales, lo que es un contrasentido desde el punto de vista de la naturaleza del despido colectivo, contrario a los principios de concentración y celeridad que deben caracterizar los procesos laborales, y tremadamente caro en lo que respecta a costos, tanto para los trabajadores, empleadores, como para la administración de justicia.

La llamada reforma laboral que se ha dado en América Latina no ha considerado ni el aspecto de la administración pública del trabajo ni el sistema judicial de solución de conflictos. Ha habido un peso excesivo en el aspecto sustantivo y con incidencia en aspectos particulares, que a continuación señalaremos, pero también ha habido un descuido notorio en el derecho procesal del trabajo, administrativo y judicial, que es menester reparar cuanto antes.

La democracia requiere de canales preestablecidos para la solución de controversias que hagan primar el estado de derecho como garantía para una convivencia civilizada, pero no debe olvidarse que los derechos sociales son parte del estado de derecho. Esa es la tarea de los juristas en los próximos años: la de contribuir a la construcción de un modelo democrático de relaciones de trabajo donde trabajadores y empleadores tengan derechos claramente establecidos y donde estén previstos canales de procesamiento del conflicto.

En la medida en que la democracia se sustenta en una visión pluralista de la sociedad, todos los intereses de los diferentes grupos sociales, tanto de empleadores como de trabajadores, deben estar previstos en una normativa auténticamente democrática. A este respecto, conviene recordar la “definición mínima de democracia”, de Norberto Bobbio, de acuerdo con la cual “se entiende por régimen democrático un conjunto de reglas pro-

cesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados".⁵ Este mismo autor añade que

...cuando se desea conocer si se ha dado un desarrollo de la democracia en un determinado país, se debería investigar no si aumentó o no el número de quienes tienen derecho a participar en la decisiones que les atañen, sino los espacios en los que pueden ejercer ese derecho. Hasta que los dos grandes bloques de poder que existen en lo alto de las sociedades avanzadas, la empresa y el aparato administrativo, no sean afectados por el proceso de democratización..., el proceso de democratización no podrá considerarse realizado plenamente.⁶

En tal virtud, el marco normativo de una sociedad pluralista debe suponer un compromiso, un pacto normativo de convivencia política entre los distintos sectores sociales. Así como se reconoce el derecho de propiedad privada y de libertad de empresa, sin que pierdan su función social, deben reconocerse también garantías y derechos en favor de los trabajadores, tanto de naturaleza individual como colectiva, destinadas a balancear y equilibrar el sistema nacional de relaciones de trabajo.

De esta forma, un gobierno que propugna o que tiende a la concertación nacional para todo el país, en el plano laboral se debe traducir en una política de concertación social que propicie un clima de diálogo y paz que contribuyan al desarrollo económico sustentable, a la lucha contra la pobreza y a la convivencia en paz.

II. FORMACIÓN DEL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES⁷

Durante el siglo XIX la filosofía prevaleciente fue el *laissez faire* inspirado en el liberalismo europeo, pero en el transcurso del siglo XX el Estado comenzó a intervenir más activamente en la economía y en el mercado de trabajo. Luego de la crisis de los años treinta, el Estado pasó de una

⁵ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 18.

⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁷ Esta parte de la ponencia se basa en Ciudad Reynaud, Adolfo, *Reformas laborales y procesos de integración en los países de la OEA: 1980-2000*, Lima, OIT, Documento de trabajo núm. 147, 2002.

etapa de abstencionismo a la de formulación de políticas de sustitución de importaciones, fomentando y protegiendo la industria nacional. A partir de entonces el modelo de desarrollo económico prevaleciente en América Latina fue el de la economía “cerrada” y de la aplicación de una política de “crecimiento hacia adentro”, cerrando su mercado a la competencia internacional. En la mayoría de países este modelo mantuvo su vigencia por lo menos hasta la década de los ochenta.

Así, uno de los grandes elementos sociopolíticos que se encuentra en la formación del derecho de trabajo en América Latina es el modelo de economía protegida, cerrada y orientada hacia el interior, también denominado de sustitución de importaciones. A su vez, el Estado que protegía la industria nacional y buscaba atenuar el conflicto social se erigió en protector de los trabajadores urbanos, en cuyo favor promulgó una legislación que en aquella misma época era aún más incipiente en Europa. En 1917 los derechos sociales fueron inscritos en la Constitución de México, y en las décadas siguientes se aprobaron leyes generales sobre el trabajo y códigos de trabajo en la mayoría de países de la región.⁸

Toda esta legislación formuló y consagró el principio protector del trabajador, asignando al derecho del trabajo la finalidad de plasmarlo en la legislación. La preocupación subyacente fue la de reequilibrar las fuerzas del mercado, pues la debilidad del trabajador podía forzarlo a prestar sus servicios en condiciones socialmente inaceptables. Por esto se asumió como deber del Estado el de proteger al trabajador, asegurándole un mínimo de garantías sociales que podrían haber sido negadas si las partes en el contrato de trabajo hubieran quedado libradas a sus propias fuerzas.

Otra de las preocupaciones centrales de la reglamentación del trabajo en aquella época fue la de controlar el conflicto social, razón por la cual Perú en 1913 y Colombia en 1919 reglamentaron la huelga aún antes de reglamentar el contrato individual de trabajo. El Estado buscó controlar la huelga, los sindicatos y la negociación colectiva, al mismo tiempo que otorgaba una protección más o menos generosa al trabajador individual.

⁸ Para una detallada comprensión del proceso de promulgación de leyes generales sobre el trabajo y códigos de trabajo en la región véase Bronstein, Arturo, “Reforma laboral en América Latina: evolución y tendencias recientes”, en Hernández Álvarez, Óscar (coord.), *La reforma laboral en América Latina, III Congreso Venezolano de Derecho Social, VII Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo*, Barquisimeto, Venezuela, septiembre de 1995, pp. 238 y ss.

Por ello, la reglamentación del trabajo en América Latina consagra tantas reglas a las relaciones colectivas del trabajo como a las individuales. Se reglamentó muy minuciosamente la constitución, estructura y vida interna de los sindicatos, además de someter a la huelga a un procedimiento muy difícil de respetar, razón por la cual una gran cantidad de huelgas son declaradas ilegales en la región, lo que implica la imposición de sanciones que incluyen el despido. Las negociaciones colectivas también estuvieron sujetas a control e interferencia estatal, aunque en la actualidad ello se ha modificado parcialmente.⁹

Hacia principios de los ochenta se acentuó el cuestionamiento del “Estado protector”, luego de tres decenios consecutivos a la terminación de la Segunda Guerra Mundial caracterizados, en Europa occidental, por un ciclo casi ininterrumpido de expansión económica y de progreso social. A su vez, se acentuó el cuestionamiento del modelo de desarrollo económico “cerrado” o de “crecimiento hacia adentro”, que estuvo en vigor desde los años treinta, y que se presumía agotado en la medida en que daba muestras de incapacidad para mantener el crecimiento económico, generar empleos productivos, controlar la inflación y mejorar o cuando menos mantener el nivel de los ingresos. Así, en los años sesenta Brasil ensayó un modelo de crecimiento “hacia fuera”, que generó una expansión espectacular de la industria nacional que lo ubicó entre las diez mayores potencias industriales del mundo. Chile hizo lo propio a finales de los setenta, fijándose como meta la inserción del país en una economía mundial o globalizada y aplicando recetas más ortodoxas, basadas en la revalorización del papel del mercado en la asignación de recursos. El éxito del modelo chileno animó a que muchos países pusieran en ejecución programas semejantes, llamados de “ajuste estructural”, entre los que podemos encontrar a Bolivia, Costa Rica y México, a partir de 1985, Colombia en 1990, Argentina en 1991, Perú en 1992 y nuevamente Brasil en 1994.

Como señala Bronstein,

...el cambio de contexto económico, como el de la ideología del Estado, no tardaron en inspirar un creciente cuestionamiento del papel de la reglamentación del trabajo, que los abogados del ajuste consideraron incompatible con el nuevo modelo. De ahí que la legislación laboral se encontró en el centro de una áspera discusión entre los partidarios de la subordinación de

⁹ *Ibidem*, p. 242.

lo social a lo económico y los defensores de un derecho del trabajo orientado a la protección del trabajador. Para los primeros, la reglamentación del trabajo, lo mismo que cualquier otra reglamentación no debería reconocer derechos adquiridos; por consiguiente debería ser posible modificarla, en un sentido como en otro, a la luz de las necesidades del momento. Si la reglamentación creaba rigideces perjudiciales a la productividad o a la competitividad de las empresas, debería ser legítimo cuestionarla, en la medida en que la política del Estado se orientaba ahora a jugar a fondo las leyes del mercado.¹⁰

Así, se perfilaron dos modelos de legislación del trabajo: la garantista y la flexibilizadora. Esta última responde en forma más apropiada al hecho evidente de que los países de la región pasan de modelos de economías cerradas a modelos de economías abiertas, lo que determina que en el nuevo contexto se modifiquen los determinantes del empleo, de los salarios y de la productividad. Se trata en esencia de otro modelo de economía para el cual se necesitan otro tipo de regulaciones más apropiadas para adaptarse con rapidez a las necesidades coyunturales o estructurales de las empresas. Por el contrario, se señala que la reglamentación del trabajo existente desalienta la creación de empleos asalariados y que los empleadores no dudarían en crear nuevos empleos si la reglamentación se revisara a la baja con el objeto de hacerla más flexible.

Los defensores del modelo de legislación garantista sostuvieron que las medidas a adoptar en el marco de una estrategia económica deberían respetar un cierto orden de valores o una cierta ética social, pues la persona del trabajador y el trabajo humano no son una variable de la política del ajuste, y que no es lo social lo que debería ajustarse a lo económico, sino más bien lo contrario. Además, también se señaló que aún en el supuesto de que el costo laboral o el nivel de protección de la ley fuesen rebajados, nada garantiza que los empleadores crearán más empleos que los que realmente necesitan. Debe tenerse presente además que la competitividad de las empresas depende de un conjunto de factores entre los cuales la mano de obra tal vez no es el más importante, sino que además no hay nada que asegure que la supresión de una garantía legal no será compensada por el restablecimiento de la misma garantía, o por una nueva garantía de mayor peso aún, en virtud de la negociación colectiva. Al mismo tiempo debe observarse que las empresas más competitivas son

¹⁰ *Ibidem*, pp. 244 y 245.

también, en general, aquellas que cuentan con sindicatos y negocian convenios colectivos que fijan salarios o condiciones de trabajo superando los mínimos legales, los que no podrían ser dejados sin efecto por un cambio de legislación.

III. APLICACIÓN DE REFORMAS ESTRUCTURALES EN LA REGIÓN

Por otra parte, constituye una realidad incuestionable que en América Latina se ha producido, desde mediados de la década del ochenta, un significativo cambio de orientación en las políticas estructurales. En efecto, “Las políticas de protección e intervención estatal han sido reemplazadas por un conjunto de políticas orientadas en forma dominante por el propósito de mejorar la eficiencia económica, y con las cuales se han complementado los esfuerzos de estabilización macroeconómica”.¹¹ Las reformas más profundas han ocurrido en las áreas de política comercial, cambiaria, tributaria y financiera y en el campo de las privatizaciones, entre otras, afectando el funcionamiento del mercado de trabajo y presionando a favor de cambios legislativos.

Entre 1985 y 1991 prácticamente todos los países de la región iniciaron programas significativos de liberación de sus regímenes comerciales. Los aranceles promedio fueron reducidos drásticamente por la mayoría de países de la región.

A inicios de los noventa se produjo una oleada de liberalizaciones cambiarias que desmantelaron las restricciones a los egresos de capital y requerimientos de repatriación de los ingresos por exportación. En 1996, en catorce países de la región no existía ya ningún tipo de restricción de pago para las transacciones corrientes y en la mayoría se habían desmontado o suavizado notablemente las condiciones para las transacciones de capital.

Los procesos de apertura comercial y cambiaria han impuesto a los sectores productivos exigencias de ajuste y adaptación que antes eran desconocidos, pues por un lado han aumentado la competencia frente a productos importados, y por otro, han ampliado los mercados de exporta-

¹¹ Lora, Eduardo y Pagés, Carmen, *Legislación laboral en el proceso de reformas estructurales de América Latina: y el Caribe*, Banco interamericano de Desarrollo, diciembre de 1996, p. 2.

ción hacia otros países de la región. Además, se ha ampliado la diversidad de técnicas productivas por la mayor disponibilidad y menor precio relativo de la maquinaria e insumos importados.¹²

En materia tributaria las reformas también han sido profundas y sus rasgos más comunes han sido la simplificación legal y administrativa y el aumento de los recaudos. Por su parte, las reformas financieras adoptadas en los países de la región desde fines de la década del ochenta se han concentrado en reducir o eliminar los programas de crédito dirigido, liberar las tasas de interés, reducir los coeficientes de encaje y establecer sistemas modernos de regulación bancaria. Se señala que estas reformas han representado un progreso notable en la vía de liberar el funcionamiento del mercado financiero y de conformar un sistema de regulación adecuado.

En lo que respecta a privatizaciones, debe tenerse presente que América Latina ha sido la región líder en privatizaciones en el mundo durante la década del noventa, cuyo efecto más inmediato ha sido el aumento de la inversión extranjera en la región en términos significativos. Además de elevar la inversión, se sostiene que existe evidencia que sugiere que las privatizaciones han aumentado la productividad laboral en las empresas privatizadas y la eficiencia tanto en las mismas empresas como en la economía en su conjunto.¹³

IV. FLEXIBILIDAD E INSTITUCIONALIDAD LABORAL

El conjunto de reformas estructurales aludidas ha determinado nuevas circunstancias económicas caracterizadas por una creciente integración de los mercados y por cambios tecnológicos que facilitan ajustes cada vez más rápidos de la producción a las tendencias del mercado. Por esto, diversos autores han venido sosteniendo que una institucionalidad laboral que fue creada en el contexto de economías relativamente cerradas y rígidas resulta inapropiada, por lo que se hace necesario adaptarla y aumentar su flexibilidad. No obstante, la flexibilidad no puede ser vista como un fin en sí mismo, sino como un medio para cumplir en las nuevas circunstancias con dos importantes metas que la institucionalidad laboral debe proponerse. Por un lado, garantizar la eficiencia del mercado de tra-

¹² *Ibidem*, p. 3.

¹³ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

bajo, y por otro, reforzar la posición de los sujetos sociales estructuralmente menos fuertes dentro de él, a fin de contribuir al logro de condiciones de trabajo más dignas.¹⁴

Weller señala algunas importantes conclusiones que nos interesa destacar. En primer lugar, que los cambios en el contexto económico requieren la flexibilidad del mercado de trabajo y del insumo trabajo. En segundo lugar, que existe una contradicción latente entre esos dos componentes de la flexibilidad laboral, principalmente porque una mayor flexibilidad del mercado de trabajo incide en contratos de corta duración y una mayor inestabilidad en los puestos de trabajo, mientras que el desarrollo del capital humano y la orientación hacia el aumento de la productividad exigen una mayor estabilidad en el empleo. En tercer lugar, que un alto grado de flexibilidad del mercado de trabajo incidiría en “poca inversión en capital humano, bajos niveles de cualificación de la fuerza de trabajo y pequeños incentivos para incrementar la productividad”.¹⁵

En consecuencia, de acuerdo con lo anterior, señala Weller, no es fácil definir cuál es el grado conveniente de flexibilidad laboral, ni cuál es la institucionalidad que permita alcanzarlo, pues muchas de las instituciones del mercado laboral pueden tener un impacto negativo en la eficiencia a corto plazo de éste, pero pueden ejercer un efecto positivo en un plazo más largo. Así, se señala que “...un mercado de trabajo desregulado podría favorecer la especialización en una producción basada en la abundancia de mano de obra de baja calificación y remuneración, y podría llevar a una carrera tendiente a bajar cada vez más los estándares laborales”. En contraste, señala este autor, “...la vigencia de instituciones del mercado de trabajo que incentiven una mejor capacitación y un aumento de la productividad de las remuneraciones a más largo plazo, contribuye a que el aparato productivo incorpore continuamente cambios tecnológicos”.¹⁶ Éstas son las dificultades en lo que respecta a la definición del grado de flexibilidad laboral al momento de decidir sobre posibles cambios en la normativa laboral.

Sobre el particular, se ha sostenido que es posible hablar de muchas formas de flexibilidad. Una primera clasificación, de acuerdo con J. C.

¹⁴ Cfr. Weller, Jürgen, “Transformaciones de la institucionalidad laboral”, *Reformas económicas, crecimiento y empleo. Los mercados de trabajo en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, CEPAL, 2000, p. 3.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 4.

Javillier, es la que señala que hay tres clases de flexibilidad: una de protección, otra de adaptación y otra de desregulación.¹⁷

La flexibilidad de protección constata que el derecho laboral fue siempre flexible, sólo que en un único sentido. Esto es, que 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. Y la tercera, es la flexibilidad de desregulación, que sí es de derogación simple y llana de beneficios laborales preexistentes.

Además de las tres clases de flexibilidad antes indicadas, hay una segunda clasificación que distingue diversas clases de flexibilidad, según la fuente jurídica que la origina. Así, se puede distinguir entre una flexibilidad impuesta, sea por el empleador o por acto unilateral del Estado, y una flexibilidad negociada o acordada, que es una negociación libre entre los actores sociales como expresión de la autonomía colectiva accediendo a modificar un determinado beneficio o instituto jurídico. Este tipo de flexibilidad negociada vía autonomía colectiva ha permitido visualizar la flexibilización como un paso del proteccionismo estatal al garantismo colectivo. Bajo esta modalidad de flexibilización la protección que otorgaba el Estado vía una norma legal, ahora se puede lograr a través de la negociación colectiva, que puede renunciar a algunos derechos a cambio de otros.¹⁸

Para Ermida, en América Latina, lamentablemente, han predominado 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. Este tipo de desregulación se caracteriza por tres elementos. En primer lugar, se produce una desmejora en la protección de los trabajadores, incondicional y unilateralmente impuesta por el Estado, al margen de toda negociación y compensación. En segundo lugar, se realiza a menudo con violación de otras formalidades jurídicas (uso del decreto en materias que exigen ley

¹⁷ Citado por Ermida Uriarte, Óscar, "La flexibilidad laboral en algunas experiencias comparadas", *Revista Ius et Veritas*, Lima, año III, núm. 4, mayo de 1992, p. 13.

¹⁸ *Ibidem*, p. 14.

formal, inconstitucionalidad de ésta, invasión o restricción de la autonomía colectiva y la autotutela). Y en tercer lugar, se lleva a efecto 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 instaura un seguro de paro, ni otras medidas de seguridad social, no concede becas de recapacitación profesional, entre otras).¹⁹

Por otra parte, en el terreno jurídico resulta indispensable distinguir también según el instituto sobre el cual recae la flexibilidad. Así, se puede 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. Se puede hablar también 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. De igual forma, puede distinguirse entre una flexibilidad externa de salida (facilitación del despido individual o colectivo), y flexibilidad interna, esto es, la que recae sobre uno u otro aspecto de una relación de trabajo preexistente y subsistente (jornada de trabajo, entre otros).²⁰

Desde otra perspectiva, Weller resalta la extremada importancia de la metodología que se utilice para concretar cualquier cambio normativo que implique una flexibilización del mercado de trabajo, debido al lugar central que ocupa el trabajo en la vida humana, tanto en lo material como en lo mental. En efecto, la percepción que tienen los miembros de la fuerza de trabajo de sus condiciones laborales impacta fuertemente en la convivencia y cohesión social, así como en la sustentabilidad de cualquier esquema socioeconómico, ya que estas condiciones abarcan aspectos tan diversos como, entre otros, el horario de trabajo, las remuneraciones, la higiene laboral y la organización del trabajo. En esa perspectiva, la posibilidad de que los trabajadores se organicen y participen en la definición de estos aspectos resulta deseable. Desde el punto de vista de una economía política del mercado de trabajo, las condiciones y características que adopte la organización sindical no sólo desempeñan un papel importante

¹⁹ *Ibidem*, p. 17

²⁰ Weller, “Transformaciones de la institucionalidad...”, *cit.*, nota 14, p. 3.

en los cambios de la institucionalidad laboral, sino también en el logro de un consenso social básico, que es una condición importante para la sustentabilidad de las reformas.²¹

En consecuencia, según este autor, los cambios verificados en las condiciones socioeconómicas y tecnológicas externas e internas de muchos países obligan a modificar la institucionalidad laboral, a través del establecimiento de un nuevo marco regulatorio, donde una mayor flexibilidad laboral ha de ser un elemento de gran importancia. No obstante, se precisa que

...el hecho de que sean varios los componentes que influyen en la flexibilidad laboral y que sus consecuencias sean múltiples, y a veces contradictorias, y que, además, una flexibilidad máxima no necesariamente implica una institucionalidad óptima, indica que las reformas no pueden ceñirse a un criterio único, conforme al supuesto de que una mayor desregulación conduce a una mayor eficiencia y un mayor bienestar... De esta manera, y en concordancia con la evidencia empírica, la relación entre las instituciones laborales y el crecimiento y la evolución del empleo no está completamente clara.²²

Finalmente, debe señalarse que los procesos de flexibilización normativa en América Latina no han sido exclusivos ni en una sola dirección, sino que han coexistido con revisiones legislativas que se mantuvieron en la corriente de preservación de las garantías sociales, que a veces inclusive profundizaron. Entre ellas se encuentran la Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela (1990), los nuevos Códigos del Trabajo de la República Dominicana (1992) y Paraguay (1993) y las reformas de los Códigos de Trabajo de Guatemala (1992), Costa Rica (1993) y El Salvador (1994). En consecuencia, lejos de encontrarnos en presencia de una tendencia bien definida, en un sentido o en el otro, debería hablarse más bien de una tendencia a desarrollar lo que sería el derecho del trabajo del ajuste, junto con otra que reivindica los viejos valores de justicia social, redistribución de los ingresos, tratamiento desigual a los desiguales, protección del trabajador, entre otros.²³

²¹ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

²² *Idem*.

²³ Ermida Uriarte, Óscar, "Algunas reacciones de la legislación laboral latinoamericana ante las políticas de ajuste económico", *Revista Derecho Laboral*, Montevideo, vol. XXXV, núm. 165, enero-marzo de 1992, p. 62.

En ese mismo sentido Bronstein señala como conclusión que

...salvo excepciones, cuyos ejemplos demostrativos son la reforma chilena de 1978, adoptada por el régimen militar y luego contrarreformada por el gobierno democrático, y la reforma peruana, también adoptada en un entorno político antidemocrático, la reforma laboral en América Latina, contrariamente a lo que algunos suponen, está muy lejos de ofrecer un balance negativo hacia los trabajadores. ...En materia sindical casi todas las reformas, con la excepción de la chilena de 1978, sobre la que se volvió atrás al restablecerse la democracia, la tendencia ha sido casi uniformemente en un sentido favorable hacia los trabajadores y sus organizaciones.²⁴

No obstante, debe tenerse presente que está en cuestión el sistema tradicional de relaciones laborales que tiene por eje una relación de trabajo que vincula al trabajador con un mismo empleador por tiempo indeterminado, con vocación de continuidad, para el desarrollo de una tarea determinada, claramente definida y a cambio de una remuneración preponderantemente fija. Esa relación es regulada por el Estado y por el sindicato, con la finalidad de proteger a la parte más débil: el trabajador. Se trata de un derecho laboral unilateralmente protector, con predominio heterónomo, es decir, de fuente estatal, y en otros países predominantemente autónomo, con predominio de los convenios colectivos, pero siempre con un componente estatal y otro colectivo con una finalidad de tutela.²⁵

V. PANORAMA GENERAL DE LOS CAMBIOS EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

Respecto al contenido y alcance de la reforma laboral en la región, existen diversas aproximaciones y opiniones un tanto divergentes.

Por una parte, Lora y Pagès señalan que las reformas en materia laboral han sido pocas y de menor alcance, y que ello contrasta con las reformas estructurales efectuadas en la región. Así, indican que mientras que veintitrés países realizaron profundas reformas comerciales, veinticuatro liberalizaron en forma apreciable sus sectores financieros y catorce efectuaron privatizaciones que en algún año superaron el 1% del PIB, sola-

²⁴ Bronstein, "Reforma laboral...", cit., nota 8, pp. 256 y 257.

²⁵ Cfr. Ermida Uriarte, Óscar, "Globalización y relaciones laborales", *Las relaciones de trabajo en el siglo XXI, III Congreso Regional de las Américas*, Lima, septiembre de 1999, p. 19.

mente cinco países han hecho reformas laborales de significación desde mediados de los ochenta: Argentina (1991), Colombia (1990), Guatemala (1990), Panamá (1995) y Perú (1991). Ambos autores concluyen que las reformas laborales no solamente han sido escasas, sino limitadas en su alcance o, para ponerlo en forma menos drástica, han sido adoptadas como terapias graduales, no de shock.²⁶

Desde otra perspectiva, Weller señala que en la discusión regional frecuentemente se plantea que la legislación laboral ha sido una de las áreas donde los países de la región han introducido menos reformas, pero que una revisión más detallada muestra que muchos países sí han modificado sus leyes sobre la base de algunas tendencias claramente definidas.

La primera consiste en hacer énfasis en ampliar la gama de contratos disponibles, añadiendo al contrato “típico” de duración indeterminada una serie de contratos de duración determinada, ampliando el uso del periodo de prueba y facilitando modalidades de contratación. La segunda tendencia consiste en el abaratamiento del despido, destacándose como medidas la ampliación de la definición del despido por causa justa y la introducción de sistemas de protección al desempleo por medio de cuentas individuales. La tercera tendencia en la misma dirección consiste en una reducción del impacto del salario mínimo por medio de una política salarial “conservadora”, de manera que en la mayoría de los países de la región en 1995 los salarios mínimos reales se encuentran claramente por debajo del nivel alcanzado en 1980, ampliándose de esta forma la brecha entre los salarios mínimos y los salarios medios. Finalmente, señala que se está bajando la participación del empleo público, con lo que se reduce el impacto que sus condiciones laborales puedan tener en las negociaciones del mercado de trabajo en general.²⁷

Con respecto a los derechos colectivos del trabajo, Weller señala que se ha registrado un descenso del nivel de sindicalización por efecto de varios factores, entre los que se pueden mencionar los siguientes: *a)* la represión contra el movimiento sindical durante los períodos de dictaduras militares y la crisis económica de los años ochenta, que redujeron la afiliación a los sindicatos; *b)* los cambios de la legislación, que redujeron

²⁶ Lora, Eduardo y Pagés, Carmen, *op. cit.*, nota 11, pp. 7 y 8.

²⁷ Weller, Jürgen, *Los retos de la institucionalidad laboral en el marco de la transformación de la modalidad de desarrollo en América Latina*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), diciembre de 1998, pp. 34 y ss.

el campo de acción sindical; *c*) la deslegitimización que han sufrido ciertos sindicatos por sus estrechos vínculos con partidos políticos y por prácticas poco transparentes; *d*) la orientación, vigente en varios países, de los sindicatos de dirigir sus reivindicaciones al Estado y no a los empresarios, actitud crecientemente obsoleta en el contexto de la nueva modalidad de desarrollo; *e*) la reorganización de la estructura productiva que aumenta el peso de la pequeña y mediana empresa, donde la organización sindical es más difícil, y aumenta el papel de ocupaciones que no corresponden a la pauta tradicional de la membresía sindical (profesional y técnicos administrativos, etcétera); *f*) la reducción del empleo público, donde en algunos casos los niveles eran elevados.²⁸

A pesar de esas limitaciones, señala Weller, se ha planteado que una modernización de las relaciones laborales acorde con las nuevas condiciones económicas requiere un reforzamiento de la capacidad de los trabajadores para la negociación colectiva y una menor injerencia del Estado en la definición de las condiciones de trabajo. No obstante, continúa, habría que tener presente que una gran parte de los ocupados no trabajan en empresas de un tamaño mínimo que permitiría la organización de los trabajadores y la eficiente representación de sus intereses. A ello contribuyen los procesos de subcontratación, tanto de actividades complementarias como de segmentos del proceso productivo como tal, donde las relaciones laborales son muy diferentes para los trabajadores de las empresas “núcleo” y los trabajadores de otras empresas de la red productiva. A pesar de las dificultades anotadas, concluye que “...la futura institucionalidad laboral aparentemente se basaría en una eficiente combinación de instrumentos de negociación colectiva y de regulación pública”.²⁹ Con este planteamiento se hace énfasis en la fuente jurídica que provoca la flexibilidad. No se trata sólo de una flexibilidad impuesta por un acto unilateral del Estado, sino en un tipo de flexibilidad negociada o acordada como resultado de una negociación libre entre los sujetos sociales. Como se mencionó anteriormente, ello implica pasar del proteccionismo estatal al garantismo colectivo.

En ese mismo sentido, Márquez y Pagés señalan que

La transición de un sistema de protección y prestaciones estipuladas por la ley con carácter obligatorio a otro basado en convenios contractuales ajusta-

²⁸ *Ibidem*, p. 35.

²⁹ *Ibidem*, p. 36.

dos a las circunstancias específicas de cada empresa convertiría a los sindicatos y al proceso de negociación colectiva en los interlocutores y elementos principales, mientras que el Estado cumpliría un activo papel de promoción y protección de la organización sindical y de dicha negociación.³⁰

Estos autores, a pesar de la gran variedad que en materia de reglamentación laboral se observa en la región, identifican dos modelos bien diferenciados: uno vigente en el Caribe de habla inglesa, en donde los convenios colectivos conforman la parte más importante de las relaciones laborales. Y otro modelo que caracteriza al resto de la región, en donde la legislación laboral abarca un conjunto de temas mucho más amplios, donde las leyes del trabajo favorecen los contratos de trabajo indefinidos a tiempo completo con una regulación prolífica de los períodos de prueba, de las prestaciones y de las indemnizaciones por despido. Sobre este particular, señalan los autores, en América Latina la protección de la estabilidad en el empleo, incluidos el pago de indemnizaciones obligatorias por despido y otras normas que penalizan la separación del empleo, es más estricta que en la mayoría de los países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico OCDE.

De igual forma, enfatizan que en América Latina está disminuyendo la afiliación a los sindicatos, y la cobertura de negociaciones colectivas es relativamente baja, con una intervención generalizada del Estado que reduce los incentivos para que los trabajadores se organicen en sindicatos y participen activamente en la negociación de los salarios y las prestaciones. Finalmente, indican que para que se produzca en la región una transición de una reglamentación proteccionista obligatoria, a la negociación de convenios contractuales a nivel de empresa, basados en las condiciones específicas de las mismas, es necesario que los sindicatos y la negociación colectiva se conviertan en los factores principales a la hora de determinar los salarios, prestaciones y los niveles de protección. Concluyen señalando que el Estado tendrá que modificar su papel y centrar su actuación en una activa promoción y protección de la libertad de asociación y negociación colectiva.³¹

³⁰ Márquez, Gustavo y Pagés, Carmen, *Lazos que atan: protección del empleo y evolución del trabajo en América Latina*, Cartagena de Indias, Colombia, Banco Interamericano de Desarrollo, marzo de 1998, p. 48.

³¹ *Ibidem*, pp. i, ii, y 1-3.

Por otra parte, un importante estudio de la OIT, dirigido por María Luz Vega,³² sobre el tema señala que en Argentina y Perú las reformas han sido las más profundas y han tenido un carácter marcadamente flexibilizador, aunque en el caso de Argentina se han alternado más de cinco modificaciones con orientaciones diversas.³³

El mismo estudio indica que Brasil, Colombia y Panamá también han introducido reformas, que si bien son menos extensas, no por ello han dejado de afectar, en una perspectiva flexibilizadora, instituciones centrales de la relación laboral. Venezuela y República Dominicana han introducido también reformas de carácter flexibilizador desde una perspectiva de carácter garantista.

En tanto que en Chile, Guatemala y Nicaragua, la reforma de corte flexibilizador ha sido menor, mientras que en El Salvador y Paraguay, si bien ha habido reformas de carácter extenso, éstas no presentan formalmente rasgos que permitan calificarlas como flexibilizadoras. Para el caso chileno se precisa que la reforma ha operado en el marco de una mejora general de la legislación laboral promulgada durante el gobierno militar.

El mismo estudio indica que en Bolivia, Honduras, México y Uruguay, sin perjuicio de la existencia de determinados cambios legales que puedan indicar esa tendencia, no se puede hablar de reforma laboral *strict sensu*.

En lo que respecta al contenido de las modificaciones legales, según el estudio indicado, la mayor parte se encuadran en el ámbito de las relaciones individuales, regulándose con más detalle las nuevas formas de contratación y la modificación del régimen del despido, además de algunos nuevos temas como el salario integral en Colombia y Perú. Por tanto, tales reformas han sido objeto de críticas directas por parte de las organizaciones de trabajadores. No obstante, se señala que la modificación de las formas contractuales ha sido menos empleado en cuanto al número de países se refiere. La causa de ello, señala el estudio, sería la existencia originaria de una variedad de situaciones contractuales suficientemente flexibles del contrato, que en muchos países coexistía con un régimen de estabilidad en el empleo.

³² Vega Ruiz, María Luz (ed.), *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*, Lima, Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 2001, 248 pp.

³³ Véase cuadro 1. Este cuadro ha sido elaborado por el autor de este artículo basándose en la información del citado trabajo de María Luz Vega, *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado*, cit., nota anterior.

Cuadro 1

ORIENTACIÓN GENERAL DE REFORMAS LABORALES

<i>Reformas profundas marcadamente flexibilizadoras</i>	<i>Reformas menos extensas en perspectiva flexibilizadora</i>	<i>Reformas flexibilizadoras de menor corte</i>	<i>No se aplicaron reformas, pero sí se aplicaron cambios con tendencia flexibilizadora</i>
Argentina Perú	Brasil Colombia Panamá	Chile Ecuador Guatemala Nicaragua República Dominicana Venezuela	Bolivia Honduras México Uruguay El Salvador Paraguay

En lo que respecta a las relaciones colectivas de trabajo, señalan los autores, los presupuestos y el alcance de la reforma son más difíciles de valorar en una región donde predomina la negociación colectiva por empresa (salvo en Argentina, Brasil y Uruguay), pues la descentralización legal de la misma es sólo evidente en los países donde el nivel preponderante de negociación establecido por ley era el de industria o el de rama de actividad económica. A pesar de ello, son numerosas las reglas que prefieren la negociación colectiva por empresa en detrimento de lo que podría ser un desarrollo de otros niveles. Sobre el particular se señala que la legislación peruana establece “por defecto” el convenio colectivo de empresa. Adicionalmente se destaca el progresivo desarrollo del contenido de los convenios colectivos, en el sentido que existe cada vez una mayor tendencia a que el convenio sea fuente reguladora originaria y habilitadora de la reforma. En Brasil, por ejemplo, la existencia de contratos temporales dependerá de que así se asuma en el convenio.

Debe tenerse en cuenta también que con el retorno a la democracia a partir de fines de la década del setenta³⁴ numerosos países emprendieron

³⁴ El ciclo de retorno al régimen civil comenzó en 1979 en Ecuador, seguido en 1980 por Perú, en 1982 por Bolivia y Honduras, en 1983 por Argentina, en 1985 por Brasil y Uruguay, en 1986 por Guatemala y en 1990 por Chile. En Nicaragua la dictadura somo-

reformas constitucionales (Ecuador en 1978, Perú en 1979,³⁵ Honduras en 1982, El Salvador en 1983, Guatemala en 1985, Nicaragua en 1986, Brasil en 1988 y Paraguay en 1992, entre otros). En estas Constituciones, salvo el caso de Perú, que se ha caracterizado por una orientación inversa, se ha puesto énfasis en los derechos sociales, individuales y colectivos, regulándolos con minuciosidad y de manera generosa.³⁶

En lo que respecta a los mecanismos de solución de conflictos, las reformas han desarrollado en forma muy escasa la negociación colectiva. Se advierte también una tendencia a regular nuevos métodos de mediación y conciliación y de arbitraje, aunque en la práctica muestren una escasa difusión y en algunos casos su ineeficacia.³⁷

Este estudio señala que con base en determinados indicadores de flexibilización se puede concluir que en dos de los diecisiete países considerados la reforma ha sido bastante radical, en otros tres ha sido profunda aunque más limitada en cuanto al número de instituciones laborales afectadas, en seis ha sido de menor entidad y que en los seis restantes, aun existiendo modificaciones recientes, las reformas no responden a lo que se consideran indicadores de flexibilidad. A continuación añade que

Por tanto, el hecho de que en once de los diecisiete países considerados haya habido reforma laboral más o menos profunda con orientaciones flexibilizadoras, y que esos países representen aproximadamente el 70% del empleo asalariado de la región, parecería poner en cuestión las frecuentes afirmaciones de que la reforma laboral en América Latina no ha sido ni extensa, ni profunda y que, por tanto, se requieren introducir nuevas y más intensas modificaciones.³⁸

cista cayó en 1979, en Paraguay, el régimen de Stroessner fue derrocado en 1989. En El Salvador el retorno a un régimen civil data de 1984, pero debido a la guerra civil las primeras elecciones realmente libres tuvieron lugar en 1994.

³⁵ En 1993, luego de la interrupción del régimen democrático por Fujimori, se adoptó una nueva Constitución, que reguló sensiblemente a la baja los derechos laborales y sociales. Luego de la caída de este régimen en noviembre del 2000, se ha puesto en marcha un consistente proceso de reforma constitucional que modificaría sustancialmente los artículos laborales de la carta fundamental.

³⁶ Cf. Bronstein, "Reforma laboral...", *cit.*, nota 8, pp. 248 y 249.

³⁷ *Ibidem*, p. 10.

³⁸ *Idem*.

VI. RESUMEN DEL CONTENIDO DE LA REFORMA

En cuanto al contenido de las modificaciones legales, la mayor parte se encuadran en el ámbito del derecho individual del trabajo, sobre todo en las nuevas formas de contratación y en la modificación del régimen del despido. Una revisión detallada muestra que muchos países han modificado sus leyes sobre la base de tendencias claramente definidas: *a)* ampliación de la gama de contratos de duración determinada; *b)* ampliación del periodo de prueba; *c)* facilitación de otras modalidades de contratación; *d)* abaratamiento del despido; *e)* facilitación de normas y reglas del despido colectivo; *f)* contratación a través de terceros, y *g)* algunas modificaciones a la reglamentación sobre jornada de trabajo y vacaciones, entre otros.

En cuanto a la ampliación de la gama de contratos de duración determinada, que implica modificar la institución de la duración del contrato de trabajo, la reforma ha facilitado la contratación temporal mediante la eliminación o rebaja de las exigencias que en algunos países se requerían, así como a través de la creación de una serie de figuras contractuales de duración determinada. No obstante, algunos países, luego de haber propiciado abiertamente tal forma de contratación, han pasado a incentivar los contratos a plazo indeterminado.

Las modificaciones legales al periodo de prueba no han sido tan intensas, pero sí han sido objeto de regulaciones de orientación flexibilizadora, sobre todo en lo que se refiere a la ampliación de su plazo, aunque sólo en lo que respecta a algunos países. La terminación del contrato de trabajo por voluntad del empleador es uno de los temas que ha sido objeto de mayores reformas en la región. El aspecto central de la reforma ha incidido sobre el reconocimiento de la sola voluntad del empresario como causa suficiente para extinguir el contrato de trabajo. En términos generales se puede afirmar que la reforma ha significado una disminución de la protección contra el despido. La reforma no ha modificado la institución de la terminación del contrato de trabajo por voluntad del empleador sin causa justificada, en todos los países donde se encontraba regulada. En Perú se produjo un cambio sustancial al pasarse de un sistema de despido causado a uno sin causa. Actualmente, sólo en dos países, México y Panamá, no es posible que el empleador pueda despedir sin causa, aunque con importantes excepciones. En todos los países donde existe el despido sin causa está prevista una indemnización variable, haciendo más barato o más caro el despido de un trabajador. En la mayoría debe

cursarse un preaviso compensable en salario, mientras que en unos pocos no está previsto dicho preaviso.

A diferencia del despido sin causa, donde la reforma ha incidido de manera importante, la legislación que trata el tema de las causales para despedir con causa justificada no ha sido objeto de modificaciones profundas. Aunque se constatan divergencias importantes en las causales consideradas en cada país, así como entre países que optan por una enumeración precisa y extensa, y otros que han optado por señalamientos genéricos y breves.

En cuanto a la terminación de los contratos de trabajo por causas relacionadas con las necesidades de funcionamiento de la empresa, la reforma ha establecido el sistema de despido colectivo donde no lo había y, además, ha flexibilizado o facilitado las normas y reglas para el despido colectivo en varios casos. Otros países han mantenido la legislación existente antes de la reforma relativa al despido por caso fortuito o fuerza mayor o a la quiebra o liquidación judicial de la empresa. En unos países es necesario que el empleador obtenga una autorización administrativa previa para proceder al despido colectivo de trabajadores, mientras que en otros tal autorización no es necesaria. El tema de los procedimientos para la terminación del contrato de trabajo, como es la forma escrita del despido, el señalamiento de la causa en que se fundamenta, entre otros, no ha sido objeto de cambios sustanciales.

La contratación a través de terceros es otro tema que ha sido materia de la reforma, aunque en forma circunscrita a países determinados. Su regulación es muy variable, pues existen países donde la responsabilidad solidaria entre intermediario y empresa usuaria está claramente prevista, mientras que en otros la legislación no ha establecido esa garantía, lo que la convierte en una forma de precarización del empleo.

En lo que respecta a jornada de trabajo, la mayoría de los países ha mantenido el concepto de trabajo efectivo y duración de la jornada máxima que tenía antes de la reforma. En algunos países que no tenían reglamentación sobre el trabajo por turnos o en jornadas especiales se ha procedido a reglamentarlo, en tanto que en otros se han introducido algunas modificaciones. El tema de la jornada extraordinaria ha tenido muy pocas variaciones, incidiéndose en precisar determinados límites para la prestación de labores en horas extraordinarias, señalándose las circunstancias en las que se pueden realizar. La legislación sobre trabajo nocturno se ha mantenido, aunque en algunos casos se efectúan precisiones. En

cuanto al derecho vacacional, no ha habido cambios fundamentales, pues la reforma se ha centrado en facilitar la acumulación de vacaciones y eliminar las autorizaciones administrativas exigidas. En lo que respecta al salario o remuneración, no se han producido mayores cambios, aunque se puede constatar en algunos casos divergencias importantes. Por otra parte, en lo referente a los derechos colectivos, si bien se ha registrado un descenso del nivel de sindicalización por efecto de diversos factores, la reforma laboral en términos generales, salvo algún caso particular, se ha orientado a plasmar con mayor amplitud la autonomía colectiva en detrimento de la intervención estatal, aunque todavía existen problemas pendientes de resolver. La modernización de las relaciones laborales acorde con las nuevas condiciones económicas requiere un reforzamiento de la capacidad de los trabajadores para la negociación colectiva y una menor injerencia del Estado en la definición de las condiciones de trabajo.

La reforma laboral realizada en la región en materia de relaciones colectivas de trabajo ha aportado progresos a favor de la libertad sindical y de los sindicatos. Así lo demuestran varios países que han modificado significativamente sus legislaciones sobre la materia. No obstante, existen unos pocos casos que se encuentran en una dirección contraria a esa tendencia general.

En lo que respecta al derecho de negociación colectiva, la fuerte intervención estatal ya no tiene la misma intensidad que antes, en la medida en que las normas dictadas han tendido a favorecer su desarrollo, aunque en algunos países también han expedido disposiciones que dificultan la celebración de convenios. En algunos casos se ha modificado la legislación para consolidar la negociación colectiva como una actividad exclusivamente sindical, mientras que otros países han promulgado disposiciones en sentido contrario. En varios países se ha tomado partido por la negociación a nivel de empresa, en detrimento de la negociación por industria.

El tratamiento normativo que ha recibido el derecho de huelga permitiría confirmar la señalada tendencia de menor intervención del Estado en el ámbito de las relaciones colectivas. En algunos países se ha legislado en favor de una mayor amplitud en la regulación del concepto y supuestos de procedencia de la huelga. No obstante, se constata legislación divergente en cuanto a la posibilidad de contratar reemplazantes y en el tema de servicios mínimos esenciales. En materia de calificación de la huelga también ha habido modificaciones importantes que producen un efecto más atenuado a la declaratoria de ilegalidad. A pesar de ello, en

muchos países de la región el ejercicio del derecho de huelga está sometido todavía a condicionantes que lo desestimulan y dificultan, por lo que muchas huelgas son declaradas ilegales.

En Argentina y Perú las reformas han sido más profundas y han tenido un carácter marcadamente flexibilizador. En Brasil, Colombia y Panamá también se han introducido reformas, menos extensas, pero en una perspectiva flexibilizadora. Venezuela y República Dominicana han introducido reformas de carácter flexibilizador desde una perspectiva más bien garantista. En Chile, Guatemala y Nicaragua la reforma de corte flexibilizador ha sido menor. En El Salvador y Paraguay, si bien ha habido reformas de carácter extenso, éstas no presentan formalmente rasgos que permitan clasificarlas como flexibilizadoras. En Bolivia, Honduras, México y Uruguay, a pesar de la existencia de cambios legales que pueden indicar esa tendencia, no se puede hablar de reforma laboral estrictamente. Teniendo en cuenta lo anterior, la nueva institucionalidad en todo caso debería basarse en una eficiente combinación de instrumentos de negociación colectiva y de regulación pública. No debe tratarse de una flexibilidad impuesta por un acto unilateral del Estado, sino de un tipo de flexibilidad negociada o acordada como resultado de una negociación libre entre los sujetos sociales. Por esto se señala que el Estado tendría que modificar su papel y centrar su actuación en una activa promoción y protección de la libertad de asociación y de negociación colectiva.

LA REFORMA LABORAL EN AMÉRICA LATINA: CUADRO DE SÍNTESIS

	Argentina	Brasil	Colombia	Chile	Ecuador	Guatemala	México	Nicaragua	Panamá	Perú	República Dominicana	Venezuela
Nuevas modalidades del contrato temporal	*	*						*		*		*
Extensión del periodo de prueba	*							*		*		*
Ampliación de causas de despido (razones económicas tecnológicas...)			*	*	*			*	*	*		*
Nuevo régimen de indemnizaciones por despido (cesantía...)		*	*		*			*		*		*
Modificación del monto de la indemnización por la terminación de la relación laboral	*		*	*		*		*	*	*		*
Salario mínimo integral	*		*		*			*		*		*
Flexibilidad horaria	*	*	*		*			*		*		*
Flexibilidad salarial por convenio colectivo	*		*		*			*		*		*
Exenciones a la ley laboral con relación a las PYMES	*	*	*		*			*	*	*		*
Mayor descentralización en la negociación colectiva	*		*		*			*		*		*
Obligatoriedad de cláusula para la homologación del convenio colectivo	*		*		*			*			*	*
Traslado a la negociación de determinados aspectos de la relación laboral	*	*	*		*			*	*	*		*
Nuevas formas de solución extrajudicial de conflictos	*		*	*				*		*		*