

LA DISTANCIA ENTRE NORMAS Y HECHOS: INSTITUCIONES LABORALES EN AMÉRICA LATINA *

Graciela Bensusán **

Después de por lo menos dos décadas de debates y recomendaciones encaminados a flexibilizar las normas laborales, existe hoy cada vez mayor consenso respecto de que los efectos de las regulaciones sobre las tasas de empleo o desempleo no son concluyentes. El principal problema a afrontar ya no sería cómo desregular los mercados laborales sino cómo mejorar la calidad de las instituciones (BID, 2004: 240; Saavedra, 2003: 263). Sin embargo, debido a diferentes motivos –desde los enfoques teóricos dominantes hasta los problemas para encontrar información comparable– es poco lo que se ha hecho hasta ahora para saber cuál es el nivel real de efectividad de las normas laborales en los distintos países de la región, lo que no impidió que se enfrentaran fuertes presiones a favor de cambiarlas.

En un contexto generalizado de debilitamiento de las instituciones de protección social, menor intervención del Estado y mayor influencia de los organismos económicos internacionales sobre los gobiernos de la región, las reformas introducidas en la legislación laboral durante las dos últimas décadas tuvieron, sin embargo, propósitos, alcances y efectos diferenciados. Por lo general no llegaron a modificar drásticamente las reglas preexistentes y, salvo excepciones, no fueron precedidas por diagnósticos cuidadosos de sus

fortalezas y debilidades al haber dejado de operar los supuestos que les dieron origen o tener que funcionar en un entorno cada vez más adverso para los trabajadores. Al tratarse, en gran medida, de ajustes parciales, no prestaron atención a las ventajas o desventajas de las interacciones o complementariedades entre las diversas instituciones y pocas veces contemplaron la necesidad de articular los cambios en la legislación laboral con los introducidos en otros ámbitos, como la seguridad social o la inspección del trabajo y el sistema de justicia laboral, para evitar que se acentuara la desprotección de los trabajadores en mercados laborales crecientemente inestables. Además, las reformas partieron de enfoques limitados sobre el tipo de flexibilidad laboral requerida para aumentar la capacidad de adaptación de las empresas a las exigencias competitivas y se concentraron, en algunos países, en instaurar una mayor libertad patronal en el manejo del volumen del empleo, descuidando otros aspectos que hubieran podido incidir favorablemente en su desempeño. Por ejemplo, la necesidad de aumentar la confianza y estimular los espacios de cooperación, lo que supone vínculos laborales de largo plazo, ha sido desatendida en las reformas adoptadas en América Latina, aun cuando diversas experiencias su-

115

* Una primera versión de este trabajo fue presentada en el Seminario Internacional sobre Cumplimiento de Normas Laborales realizado en Buenos Aires, Argentina, el 29 y 30 de noviembre del 2005, bajo los auspicios del Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social (Argentina) y de la oficina de la OIT en Buenos Aires. En él se recogen algunos de los resultados del proyecto "Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América Latina", financiado por el CONACYT (2002-2005), bajo mi coordinación. La investigación relativa a México estuvo a mi cargo, con la asistencia de Soledad Aragón y Sandra Solano; la de la Argentina estuvo a cargo de Cecilia Senen y Héctor Palomino (UBA); la de Brasil, a cargo de Adalberto Cardoso y Telma Lage (IUPERJ), y la de Chile, de Rodrigo Figueroa (Universidad de Chile). Jürgen Weller y Michael Van Gelderen (CEPAL) elaboraron en el marco de ese proyecto el análisis de la sensibilidad de las variables laborales frente al crecimiento económico en dichos países, incluyendo además los casos de Venezuela y Estados Unidos.

** Licenciada en derecho de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires (1972), maestría (1981) y doctorado (1992) en Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de tiempo completo en la Universidad Autónoma Metropolitana y desde 1989 profesora de Tiempo Parcial en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México. Pertenece al Sistema Nacional de Investigadores desde 1986 y tiene actualmente el nivel III (2005-2009).

gieren que su presencia marca una diferencia sustancial en los niveles de productividad (OIT, 2004).

Algunas de las distorsiones que hoy se observan en el funcionamiento de los mercados de trabajo –como la mala calidad de los empleos que se generaron a partir de los 90, el aumento de las tasas de rotación o la cada vez más generalizada evasión de la responsabilidad de los empleadores frente a los trabajadores– han sido atribuidas, entre otros factores, a las reformas instrumentadas en esos países (Stallings y Peres, 2000).¹ Por ello en algunos casos comenzaron a revertirse o a complementarse con estrategias encaminadas a reconstruir las capacidades estatales de fiscalización perdidas durante las décadas previas. Ello no implica que no sigan siendo necesarias otras reformas, particularmente en lo que se refiere a la promoción de una mejor combinación de flexibilidad laboral y protección social.² Sin embargo, la decisión de si es necesario continuar o no con las reformas y la identificación de las opciones más convenientes dependerían, entre otras condiciones, del análisis cuidadoso del conjunto de los problemas de diseño y desempeño de las instituciones laborales en contextos nacionales específicos.

El propósito central de la investigación, algunos de cuyos resultados se recogen en este artículo, fue estudiar estos problemas en cuatro países de América Latina: Argentina, Brasil, Chile y México.³ Fueron escogidos por diversas razones: en primer lugar, los cuatro países adoptaron muy temprano en el siglo XX normas protectoras para el conjunto de los asalariados y han atravesado en las dos últimas décadas por una doble transición (política y económica) que generó una fuerte tensión en el ámbito de las instituciones laborales, por lo que resulta de gran interés ver de qué manera éstas se vieron afectadas por el retorno de la democracia y las reformas orientadas al mercado. Los tiempos y los ritmos de estos procesos fueron diferen-

ciados, por lo que es importante observar si ello tuvo consecuencias en el alcance, la dirección y la viabilidad de las reformas.⁴ Hay que destacar también que mientras los tres primeros países experimentaron formas de adaptación que combinaron las reformas legales con nuevas y viejas prácticas tendientes a flexibilizar las relaciones laborales, México no ha hecho cambios en un nivel formal pero no por ello escapa de las tendencias dominantes en la región. Para este país, las lecciones que pueden desprenderse de las experiencias de reforma de los otros tres resultan de suma importancia, si bien es cierto que los contextos nacionales influyen sustancialmente en los efectos que provocan las instituciones laborales. De todas formas, no cabe duda de que en los países del Cono Sur hubo un intenso y persistente esfuerzo por encontrar los mejores diseños, a veces para aumentar la eficiencia de los mercados y otras para restaurar niveles aceptables de protección a los asalariados, cuyos resultados no fueron suficientemente evaluados desde la perspectiva que toma esta investigación, aunque ayudarían a pensar en el futuro de las instituciones laborales en la región.

Esta capacidad de innovación institucional fue desigual en los distintos países y se relaciona con la segunda razón de la selección. México, junto con la Argentina y Brasil, comparten una fuerte herencia corporativa que todavía persiste en los actuales diseños pero supone tanto niveles de protección diferentes como condiciones muy distintas para el ejercicio de las libertades individuales y los derechos colectivos que vale la pena identificar y cotejar. En otras palabras, la comparación entre estos tres casos similares servirá para entender mejor las consecuencias de este tipo de arreglos y de qué manera pequeñas diferencias en el diseño pueden traducirse en desempeños contrastantes. Con un diseño históricamente más liberal, Chile ha pasado por un verdadero quiebre institucional en el mundo del trabajo durante el régimen militar pero desde el re-

1. En cuanto a las características de las reformas, véanse Vega Ruiz (2001), Weller (1988, 2001), Marshall (1997), Bensusán (2003).

2. Los magros resultados de las reformas han llevado a los organismos financieros internacionales a reconocer la necesidad de las regulaciones para lograr un buen funcionamiento de los mercados laborales. Para el BID (2004: 238) las preguntas fundamentales ya no son cómo o cuándo desreglamentar sino “qué conjunto de normas mejorará el funcionamiento de los mercados laborales y si la reglamentación vigente alcanzará esas metas”. En torno de las experiencias de los países nórdicos que combinan flexibilidad y protección laboral, como es el caso de Dinamarca y Holanda, véase Bensusán (2003).

3. Las referencias a los casos de la Argentina, Brasil, Chile y México son tomadas, salvo mención en contrario, de los capítulos respectivos de Senén y Palomino (2005), Cardoso y Lage (2005), Figueroa (2005), Bensusán (2005).

4. Acerca de los problemas de la simultaneidad de la transición política y económica, como del peligro de una mayor movilidad de las inversiones o la presión provocada por las demandas contenidas de diversos sectores durante el régimen autoritario, véase Armijo (1995).

torno a la democracia se encuentra reconstruyendo, a través de sucesivas reformas, al menos un mínimo de protección a los trabajadores así como fortaleciendo las capacidades estatales de fiscalización e impartición de justicia. El contraste de los otros tres casos semejantes con la experiencia chilena ayudará a ver qué tanto el debilitamiento del sindicalismo y la fuerza creciente de las relaciones individuales –con diversas manifestaciones en los cuatro países– se debe a los distintos diseños institucionales y qué tanto a otro tipo de factores, como el mayor poder de los inversores y el respaldo de los gobiernos.

Tanto en la Argentina como en Brasil, aunque ciertamente más en el primero de estos países, se experimenta el desencanto con las recetas flexibilizadoras y se comprueba que el mejoramiento de la protección ofrecida a los trabajadores es compatible con el crecimiento económico. En México todavía es dominante la idea de que los empleos no crecen porque la legislación laboral es rígida, en medio de una gran confusión respecto de qué es o no es una reforma estructural en este espacio y, también, de no pocas expectativas en torno de lo que se puede lograr a través de ella. Mientras existen diversos estudios que comparan los costos de cumplimiento de la legislación laboral en estos países e incluso los desempeños de sus mercados de trabajo, no se han hecho suficientes esfuerzos por conocer qué tanto se parecen o distinguen en lo que se refiere a los niveles de efectividad de las normas e instancias encargadas de su vigilancia y aplicación, a pesar de que seguramente es aquí donde pueden encontrarse mayores diferencias y parte de las explicaciones acerca del funcionamiento de esos mercados. Por eso esta investigación se orientó a valorar cuál es la brecha entre las normas y los hechos.

En suma, sin pretender que los hallazgos de esta investigación reflejen lo que ocurre en la región en su conjunto, estos cuatro países resultan apropiados, por su pasado y su presente, para estudiar cómo se adaptan los distintos diseños institucionales y cómo funcionan en la práctica, poniendo el énfasis en lo ocurrido en los últimos tres lustros y en la cuestión sobre si son o no necesarias nuevas reformas y en qué nivel: ¿en las normas o en las prácticas informales, en las instancias de vigilancia e impartición de justicia o en las estrategias gubernamentales o sociales encaminadas a hacerlas funcionar? Con estos interrogantes en mente examinaremos a continuación cuáles son los supuestos y enfoques principales que dieron soporte a esta investigación.

1. ¿Fallas en el diseño y/o en la implementación?

Este estudio se inscribe dentro del marco de las *teorías del diseño institucional* (Goodin, 2003; Pettit, 2003; Offe, 2003; Dryzek, 2003). Se entiende a las *instituciones*, siguiendo la definición de North (1995), como “las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, económico y social”. En un sentido amplio, en esta investigación nos ocupamos de las instituciones formales –tanto las normas que regulan el empleo y los derechos colectivos como las instancias gubernamentales encargadas de hacerlas cumplir– como de las prácticas informales que articulan las relaciones entre los actores en el mundo del trabajo.

Se entiende que las instituciones laborales tienen una naturaleza compleja, lo que dificulta su medición y la identificación de sus efectos en el desempeño económico. Además su naturaleza es ambivalente porque a la vez que se proponen fortalecer a los más débiles estructuralmente deben hacerlo sin afectar la eficiencia económica. Se parte del supuesto de que no existe un solo camino para adaptar las instituciones a las exigencias de un entorno más competitivo, por lo que la manera adecuada o pertinente de cumplir los objetivos puede encarnar en diversos diseños. Es fundamental la experimentación con diseños diferentes y tomar en cuenta las lecciones de otros (Schmid, 1996; Pettit, 2003).

Usamos el concepto de diseño-rediseño como “la creación de una forma de promover resultados valiosos en un contexto particular que sirva de base para la acción” (Bobrow y Dryzek, 1987; Goodin, 2003). Este proceso se deriva de una “intervención deliberada por parte de agentes dotados de intención en búsqueda de un objetivo”, aun cuando pueda resultar también de transformaciones accidentales, incluso del error y de la evolución en la que se resuelven algunas de las tensiones y contradicciones que las afectan (Goodin, 2003).

Las causas del mal funcionamiento de las instituciones pueden ser de diversa naturaleza y exigir remedios distintos. En esta investigación nos concentramos en aquellas que provienen de un mal diseño (inadecuación al entorno, vacíos institucionales, normas contradictorias) y/o del fracaso de las estrategias de implementación. Partimos del supuesto de que las instituciones

laborales de los países seleccionados experimentan ambos tipos de problemas aunque con diversos matices e implicaciones sobre el nivel de cumplimiento, por lo que éste no puede ser atribuido sin más al predominio de una escasa cultura de legalidad. Dicho de otra forma, se parte del supuesto de que el nivel de cumplimiento no aumentará si no se atienden estos problemas.

2. Cumplir o no cumplir: viejo dilema en un nuevo contexto

Mientras la principal preocupación de los organismos económicos internacionales radica en los problemas de diseño centrados en los costos de cumplimiento, en esta investigación interesan también los problemas que inciden en la efectividad de las normas por lo que se refiere a su propósito tutelar y, más en general, en el desempeño institucional.

Se parte de la hipótesis de que la baja efectividad de las regulaciones laborales en América Latina se relaciona con las fallas que presentan: a) los actuales diseños legales para asegurar la protección de los trabajadores en mercados laborales altamente inestables, y b) los diseños y las estrategias de las instancias o mecanismos encargados de la aplicación de las reglas (*enforcement*) –inspección del trabajo y sistema de justicia laboral– en un contexto en el que los *costos laborales* tendieron a ser peor soportados por las empresas y cuando la alternativa de dejar de cumplirlos se volvió más atractiva.

La decisión de cumplir las reglas es vista aquí, en primer lugar, como el resultado de un cálculo racional basado en una relación de costo-beneficio, es decir, entre lo que le costaría al empleador cumplir la regla (*costo de cumplimiento*) y el beneficio que obtendría al hacerlo voluntariamente. Este beneficio dependerá a su vez del *costo de incumplimiento*, es decir, de qué tan alta sea la posibilidad de que el incumplimiento sea detectado y sancionado así como del monto de la sanción aplicada.

La relación entre estos factores sería la siguiente: *el cumplimiento de la ley tenderá a ser alto cuando la probabilidad de la detección y el monto de la sanción sean altos. Cuanto más alto sea el costo implicado en la regla, mayor será el incentivo para dejar de cumplirla y, por tanto, mayor deberá ser el monto de la sanción y la capacidad de fiscaliza-*

ción estatal. Si las circunstancias cambian –porque aumentan los incentivos para dejar de cumplirlas–, tendrían que fortalecerse los castigos y la capacidad estatal de aplicarlos para disuadir a los incumplidores. En caso contrario, lo más racional sería dejar de cumplir.

Además del cálculo instrumental, cuenta el grado de *legitimidad* de las normas. *A mayor legitimidad, se podría esperar mayor cumplimiento y a la inversa.* Esto hace indispensable analizar el origen de las normas y su evolución, en tanto el grado de legitimidad puede cambiar con la modificación de los contextos en los que las normas operan.

Otro factor que incide en el cumplimiento, pero que no será incluido en este estudio, atañe al valor que se asigne a los beneficios que de ellas se derivan por parte de sus destinatarios. Sin embargo, hay que observar que para el trabajador no siempre existe la posibilidad de escoger libremente entre la exigencia del cumplimiento o la tolerancia de la violación a sus derechos.

3. Estrategia metodológica

Para explorar estas cuestiones se ha realizado un estudio en profundidad, con fines comparativos, de cuatro casos: la Argentina, Brasil, Chile y México.

- Por lo que se refiere a la dimensión del estudio relativa a la flexibilidad laboral y las formas de medirla, que constituyó un punto de partida de la investigación, se realizó una revisión sistemática de los principales índices de flexibilidad/rigidez laboral (costo de cumplimiento) y se estudió en forma comparativa la evolución económica en los cuatro países seleccionados y en dos casos de contraste (Venezuela y Estados Unidos). Se estimó también la relación entre el crecimiento económico y tres variables laborales agregadas: empleo, desempleo y salarios reales. Los resultados de este ejercicio, que no se presentarán acá, confirman la necesidad de estudiar las instituciones y sus efectos en contextos nacionales específicos al demostrar que no existen variaciones significativas en el desempeño de estas variables entre países con niveles de rigidez y flexibilidad laboral marcadamente diferentes, según los índices convencionales.⁵

Cuadro 1

Dimensiones	VARIABLES-INDICADORES	Metodologías y fuentes
Costos de cumplimiento e incumplimiento	Normas laborales: <ul style="list-style-type: none"> • Formas de ingreso y salida del empleo. • Condiciones laborales. • Derechos colectivos. • Sanciones aplicadas a empleadores infractores: montos y criterios de aplicación. 	Descripción y comparación de la legislación laboral de cada país para identificar problemas de diseño y medir costos. Aplicación del índice de Botero <i>et al.</i> (2004) y comparación de resultados.
	Jurisprudencia en materia laboral sobre las normas anteriormente señaladas: derechos individuales y derechos colectivos.	Estudio cuantitativo y cualitativo de la evolución de los criterios y efectos de la interpretación (amplía, restringe o delimita el alcance de la norma).
Niveles de efectividad o vigencia real de las normas	<ul style="list-style-type: none"> • Cobertura de la seguridad social • Tasa de conflictividad individual • Duración de los juicios • Porcentaje de juicios favorables a los trabajadores • Porcentaje de laudos ejecutados • Montos de las conciliaciones • Capacidad de detección del trabajo no registrado 	Estadísticas oficiales. Fuentes documentales. Revisión de expedientes de la Inspección del Trabajo y la justicia laboral. Selección de muestra. Entrevistas a informantes claves: dirigentes sindicales y empresariales, abogados de los trabajadores y de los empresarios, funcionarios. Construcción de indicadores y de un índice sobre inefectividad y comparación de resultados.
Probabilidad de detección y sanción del incumplimiento	Inspección del Trabajo y justicia laboral <ul style="list-style-type: none"> • Estructura • Competencias • Facultades • Estrategias de implementación • Efectividad, eficacia y eficiencia: varios indicadores 	Informes y estadísticas oficiales. Entrevista a informantes clave: dirigentes sindicales y empresariales, abogados de los trabajadores y de los empresarios, funcionarios. Revisión de muestras de expedientes judiciales conforme se indica en cada capítulo. Comparación de resultados en los cuatro países.

- El estudio de los problemas de diseño y desempeño institucional tomó en cuenta las dimensiones y variables que se exponen en el cuadro 1:

4. Tendencias generales observadas

Por lo que se refiere a las instituciones laborales de los países estudiados, a partir de los años 90 o antes se experimentó un creciente deterioro de la legitimidad de las reglas y los mecanismos tendientes a proteger a la parte más débil de la relación laboral, mientras aumentaba la legitimidad de todo aquello que prometiera hacer más eficiente el funcionamiento del mercado de trabajo. Paralelamente a las reformas orientadas en esa dirección (en tres de los cuatro países), se deterioró la capacidad y/o el interés de los Estados nacionales para detectar y sancionar el incumplimiento de las normas tutelares así como la capacidad de los trabajadores para reclamar sus derechos. El aumento del trabajo no registrado en los cuatro países –independientemente de los diseños y las estrategias– es el resultado

de esta evolución pero, también, de la ausencia de crecimiento económico sostenido.

Después de más de quince años de una relativa convergencia entre los países en torno de las posibilidades abiertas por las estrategias flexibilizadoras, la Argentina está revirtiendo las reformas y fortaleciendo la protección en un contexto de crecimiento económico; Brasil se ubica en una situación intermedia (mantiene las reformas pero ya no se ven como el remedio a los problemas del empleo), mientras Chile (que de todas maneras reemprendió con cierta timidez el camino de la protección) y México (que todavía no hizo las reformas) siguen manteniendo altas expectativas respecto de la relación positiva entre flexibilidad laboral, generación de empleo y competitividad.

Mientras en la Argentina y Brasil hay una mayor receptividad a la visión de la OIT (principalmente a la promoción del trabajo decente), en México y Chile tienen mayor fuerza en medios empresariales y gubernamentales las recomendaciones del BID y el Banco Mundial acerca de la importancia de la flexibilidad laboral, aun cuando en México no se han podido traducir en reformas legales.

Gráfico 1
Índice del costo de cumplimiento de derechos individuales

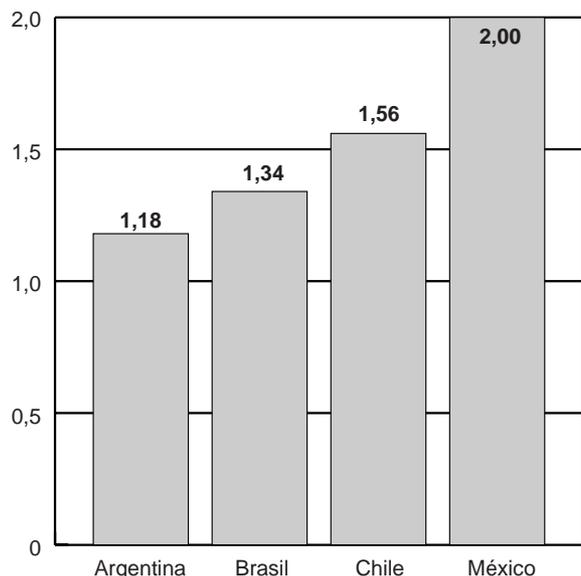
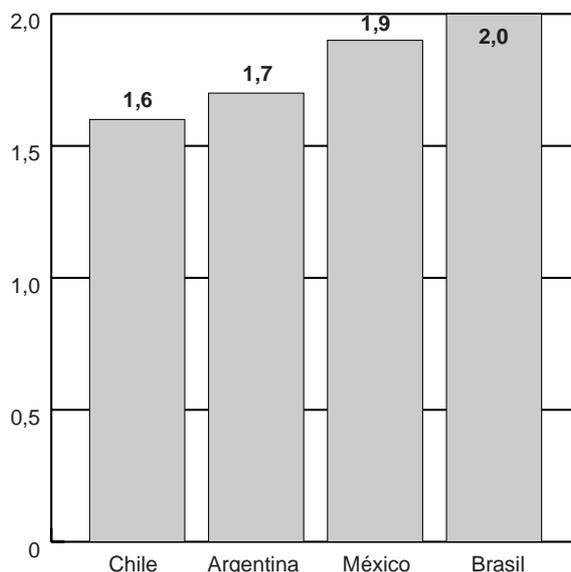


Gráfico 2
Subíndice de condiciones de trabajo



5. De los textos legales al desempeño real

Sobre la base del índice complejo construido por Botero *et al.* (2004), adaptado con el propósito de comparar los costos de cumplimiento en los cuatro países considerados en esta investigación, es posible tener una idea más precisa de cómo se ubican los costos de cumplimiento con relación a las diversas dimensiones de la legislación laboral. A pesar de coincidir con las críticas hechas por Weller y Van Gelderen (2005) a los índices elaborados sobre la base de los textos legales (por la dificultad de medir los costos de cumplimiento, las interacciones institucionales o los efectos de corto, mediano y largo plazo, entre otras) utilizamos aquí el índice de Botero porque es el más complejo –y por tanto da mejor cuenta de la complejidad institucional– y porque queremos comparar estos resultados con los que se derivan de la medición de otras variables que expresan el grado real de efectividad de las instituciones. Examinemos entonces por separado los resultados de los siguientes índices (costo de cumplimiento de derechos individuales, costo de cumplimiento de los derechos colectivos y costo de incumplimiento) para evaluar la distancia entre las normas y los hechos en los cuatro países.

120

a) *Índice del costo de cumplimiento de derechos individuales*: es calculado como el promedio de tres subíndices: alcance legal de la protección,

estabilidad del empleo y condiciones de trabajo. Total del índice = 3 puntos (gráficos 1 y 2).

De acuerdo con este índice, México es el país más rígido considerando el alcance de la protección legal y el costo del despido, pero como se ve en el gráfico de la derecha, las condiciones de trabajo se han estancado. Esto se debe a que aunque registra el costo más alto en horas extra, tiene a su vez la jornada más larga, el período vacacional más corto, la licencia de maternidad más breve y el aguinaldo de menor monto (véase Apéndice).

b) *Costo de cumplimiento de derechos colectivos*: fue calculado como el promedio de cinco subíndices: poder sindical, autonomía colectiva, democracia dentro de los sindicatos, huelgas y representación de delegados en las empresas. Total del índice = 5 puntos (gráficos 3 y 4).

México tiene baja calificación en materia de autonomía colectiva y democracia sindical. De 1 punto posible tiene 0,25, mientras que Brasil y Chile obtuvieron 1 punto y la Argentina 0,75. Tiene, en cambio, el mayor puntaje en poder sindical, a pesar de lo cual quedó en el último lugar.

Como indica el gráfico de la derecha, al combinar el índice de derechos individuales y el de derechos colectivos, *México aparece nuevamente como el país de mayor costo de cumplimiento*. Sin embargo, veremos a continuación que estos resultados contrastan con los que se obtienen al utilizar indicadores de efectividad.

Gráfico 3
Índice del costo de cumplimiento
de derechos colectivos

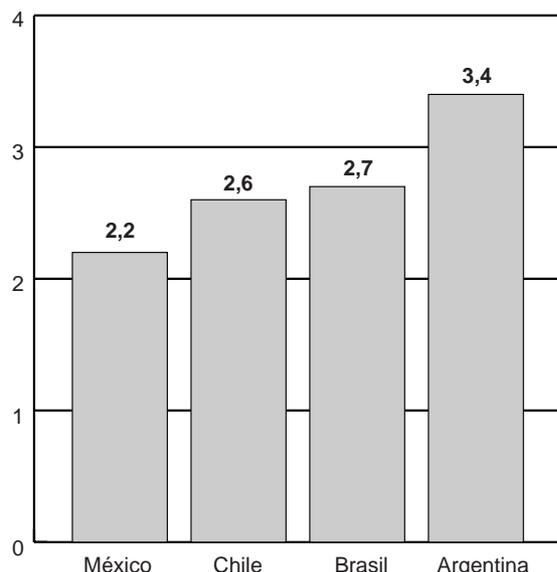
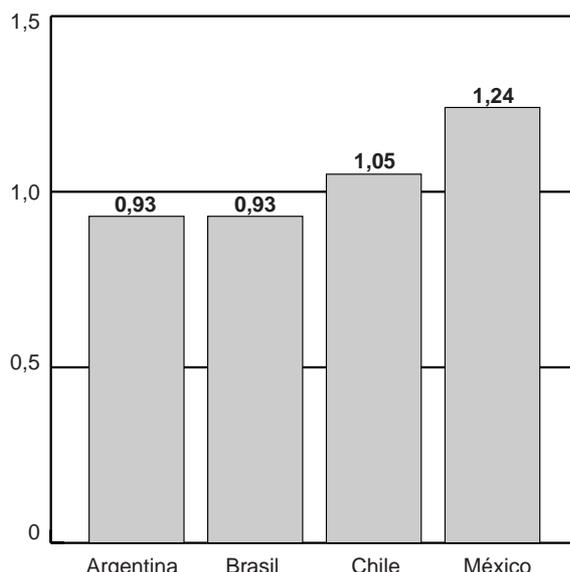


Gráfico 4
Promedio índices
derechos individuales y colectivos



c) *Índice de efectividad*: comprende los siguientes indicadores: a) cobertura seguridad social; b) cobertura del sistema de inspección; c) capacidad para detectar trabajo no registrado; d) duración de juicios; e) porcentaje de sentencias favorables; f) porcentaje de sentencias ejecutadas, y g) tasa de conflictividad individual. 1 = *menos efectividad*, 4 = *más efectividad*.

Como se observa en el gráfico 5, el país con mayor efectividad es Brasil, nación que ha sido considerada como de rigidez/flexibilidad laboral intermedia en la mayor parte de los índices convencionales. Cabe señalar que los dos países con mayor efectividad de la legislación tienen las tasas más altas de desempleo abierto, lo que sin embargo no necesariamente estaría asociado al nivel de protección legal (Weller y Van Gelderen, 2005).

De la combinación de los tres índices resalta:

- Los índices basados en los textos legales son engañosos.
- El índice de efectividad no está necesariamente asociado con el mayor o menor nivel de protección legal (Chile con el menor nivel y México con el más alto tienen los niveles de efectividad más bajos).
- Brasil y Argentina tienen costos de cumplimiento de nivel medio (derechos individuales) y alto (derechos colectivos) al igual que un nivel de efectividad más alto que el de los otros dos países.

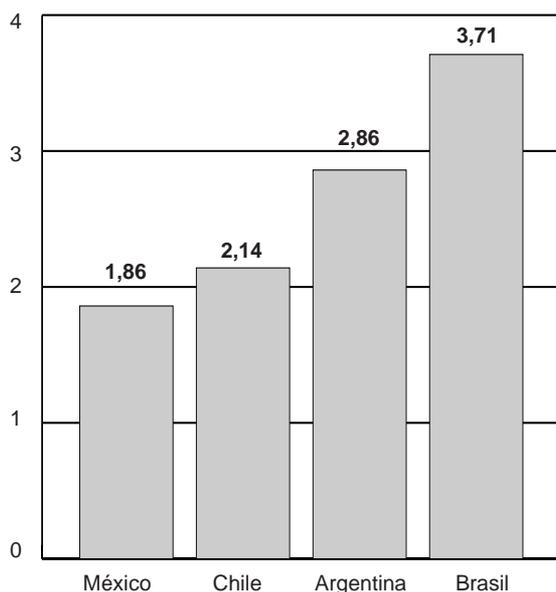
- La mayor fuerza sindical y la eficacia de la inspección y el sistema de justicia, combinada con niveles medios de flexibilidad, podrían explicar la mayor efectividad de la legislación en Brasil, todo lo cual se traduce en una mayor capacidad de detección y sanción.
- El menor nivel de efectividad encontrado en México se asociaría al mayor nivel de protección en la estabilidad laboral y en el derecho de huelga así como al menor grado de autonomía y democracia sindical. Se asocia también a la menor efectividad de la inspección del trabajo y la justicia laboral junto a la debilidad sindical, tanto en Chile como en México, y por consiguiente a una muy baja –si no nula– capacidad de detección y sanción.

6. Problemas de diseño: ¿qué relación hay entre el resultado de los índices y la evidencia empírica?

121

Los cuatro países enfrentan problemas de diseño institucional por *fallas de origen* (por ejemplo, México: alto perfil de protección en un contexto de escaso desarrollo de fuerzas productivas y predominio de unidades de menor tamaño), *vacíos institucionales* (por ejemplo, ausencia de protección para los trabajadores no asalariados, inadecuada protección para el trabajador asalariado precario y ausencia o insuficiencia de las normas que garantizan las responsabilidades de

Gráfico 5
Índice de efectividad/inefectividad



los beneficiarios de los servicios frente a los trabajadores, principalmente en casos de subcontratación), *normas contradictorias* (ambigüedad producto muchas veces del contexto autoritario en el que se diseñaron), *cambio de supuestos o de entorno* (predominio de trabajo asalariado inestable en empresas pequeñas, nuevas relaciones entre empresas que encubren la figura del “empleador”, formas difusas de subordinación).

Las reformas introducidas en la Argentina, Brasil y Chile a partir de los 90 dejaron subsistentes los principales problemas de diseño o crearon otros. En México la adaptación se realizó por la vía de los hechos, por lo que la distancia entre el diseño y el desempeño es mayor.

Mientras la Argentina, Brasil y Chile han diseñado mecanismos –si se quiere débiles– para proteger al trabajador frente a situaciones de desempleo, paralelamente al haber facilitado los contratos temporales y los despidos México no ha hecho ninguno de estos ajustes y conserva el sistema más rígido de contratación y despido, aun cuando tiene una de las tasas de rotación laboral más altas: casi del 45% al año (Kaplan *et al.*, 2004). También se observa una extendida degradación del sistema sindical que se expresa en la expansión de la simulación y la corrupción (FES, 2005). Por último, los trabajadores asalariados más vulnerables –jornaleros agrícolas y de la construcción– son los que menos beneficios sacaron de la protección legal (Aragón, 2005).

En suma, las regulaciones laborales se mostraron inadecuadas para proteger a los trabajadores asalariados en mercados altamente inestables, a la vez que crece el trabajo no asalariado, carente de toda protección. Tampoco se dispone de incentivos institucionales para que aumente la inversión en innovación y capacitación como fuente de las ganancias de productividad. Por todo ello el problema no se limita –como sostienen las posiciones más conservadoras– a hacer que se cumpla la ley sino que debe colocarse en el centro de la agenda la necesidad de rediseñar las instituciones laborales para que operen adecuadamente en la protección de los más débiles estructuralmente, sin afectar la eficiencia y en un contexto de profundos cambios económicos. A continuación se muestran los principales desafíos de diseño que enfrentan las regulaciones laborales en los cuatro países y algunos de los interrogantes que suscitan.

- *Derechos individuales:* a) Orientar la protección al individuo, más que al puesto de trabajo, lo que obligaría a mejorar los seguros de desempleo (Argentina, Brasil y Chile) o a crearlos donde no existen (México). b) Lograr el equilibrio entre la flexibilidad y la protección al trabajador. c) Aumentar el nivel de cumplimiento en las empresas de menor tamaño: ¿debe existir una regulación de menor perfil para las pymes?, ¿debe bajarse el costo laboral no salarial para que resulte soportable por cualquier empleador?, ¿sería suficiente con adoptar una mejor estrategia de fiscalización? d) Impedir la evasión de las responsabilidades laborales en las cadenas de subcontratación. e) Redistribuir riesgos: ¿cómo debe repartirse el mayor riesgo que supone un mercado laboral inestable?, ¿es una responsabilidad exclusiva del empleador o debe repartirse entre la sociedad? f) Decidir cuál es el nivel de protección social que debe asegurarse a todos los trabajadores (asalariados y no asalariados) y escoger los instrumentos adecuados para hacerlo efectivo.
- *Derechos colectivos:* a) Eliminar restricciones para la acción colectiva y la reorganización de estructuras sindicales heredadas de los arreglos corporativos (Argentina, Brasil y México) o de la dictadura (Chile) para dar voz y representación a los desempleados y asalariados sin protección. b) Extender los espacios de negociación colectiva más allá de la empresa: ¿cómo mejorar los espacios, instrumentos y recursos de la acción colectiva para posibili-

tar la emergencia de un interlocutor sindical capaz de involucrarse en procesos complejos de cooperación y diálogo social?

7. Mecanismos de vigilancia y aplicación

Además de los problemas de diseño, en los cuatro países encontramos deficiencias serias en el funcionamiento de los mecanismos de vigilancia y aplicación que son responsables de la baja efectividad de las reglas. Sin embargo, hay diferencias importantes entre los cuatro casos analizados.

7.1. Inspección del trabajo (IT)

La capacidad estatal de detectar, sancionar y reparar las violaciones a las normas laborales depende en gran medida del diseño y las estrategias de implementación de la IT. Ésta sobrevivió en los cuatro países estudiados al cambio de contexto (reestructuración del empleo, reorganización de las empresas, innovación tecnológica, transformaciones en los riesgos y aumento de la incertidumbre, cambio en las prioridades del Estado), conservando en lo fundamental sus diseños tradicionales, pero lo hizo en condiciones muy distintas en razón de las debilidades y fortalezas que la caracterizaban con anterioridad así como de las estrategias que se adoptaron posteriormente. Sin embargo, aun donde se adoptaron, los cambios en el diseño y en las estrategias de la IT no fueron suficientes para adaptar sus capacidades en atención a la mayor movilidad y precariedad laboral y al debilitamiento de los actores sindicales. Además, encontramos que fue sensible al ciclo económico y político en los cuatro países: por ejemplo, se registró menor fiscalización en condiciones de crisis económica por temor a destruir empleos y un marcado interés en mejorar su imagen para atraer inversores. Al mismo tiempo hubo reformas en los diseños y las estrategias asociadas al regreso a la democracia, principalmente en el interés de mejorar la capacidad de fiscalización. Dicho de otra manera, la IT fue una de las instituciones que quedó inmersa en las tensiones propias de la doble transición.

7.2. Semejanzas y diferencias de la IT en los cuatro países

Los resultados de la comparación ponen de relieve las debilidades y fortalezas de los respectivos modelos de inspección.

Los cuatro países tienen modelos “generalistas”, con fuerte influencia de la OIT en sus diseños y amplias facultades en la fiscalización del cumplimiento del conjunto de las leyes laborales. Brasil cuenta con el mejor sistema de fiscalización a la par que posee mecanismos de control destinados a inhibir la corrupción o los fraudes. La mayor capacidad de fiscalización se traduce a su vez en una mayor efectividad y eficacia de la IT, sobre todo en las empresas de más de cincuenta trabajadores.

Los principales atributos de la IT en ese país son la importancia política que se le asigna a la dependencia responsable, su estructura centralizada, su nivel de competencia (incluye el trabajo doméstico), el grado de informatización, la calidad de sus recursos humanos y su alta remuneración, la existencia de incentivos para la fiscalización, las facultades otorgadas a los inspectores (auditores), los procesos de fiscalización regulados con la participación de los actores en el sector de la construcción y las estrategias de focalización de la actividad hacia sectores más vulnerables. Un punto de partida es la obligación que tienen los empleadores de inscribir en un libro de notas el número de registro del trabajador en el Ministerio de Trabajo, así como su salario, funciones y demás condiciones de trabajo. A partir de este número de registro, esa dependencia puede controlar el cumplimiento de las aportaciones patronales al Fondo de Garantía de Tempo de Serviço (FGTS) y a la seguridad social a la vez que permitir, en caso de desempleo, el acceso del trabajador a los fondos correspondientes.

A pesar de los atributos positivos que caracterizan a la IT de Brasil, debido a problemas en el diseño del sistema de inspección que privilegian la fiscalización de las empresas de mayor tamaño, no se ha podido tampoco mejorar sustancialmente la capacidad para regularizar a trabajadores sin registro. Como sostienen Cardoso y Lage (2005): “Se busca el problema donde no existe”.

La limitación más importante es que se trata de un diseño que sigue teniendo en la mira a las grandes empresas, depende en gran medida de la denuncia de los trabajadores y se acompaña de estrategias que, de un modo u otro, han tendido a abandonar o suavizar al menos la idea de la IT como un aparato punitivo que pudiera llevar a la destrucción de los empleos, así sean de mala calidad. Si se llega a la etapa del procedimiento judicial, las posibilidades de aplicar sanciones son muy reducidas, por lo que el nivel de impunidad es alto. Otro problema, en este caso

de implementación, es que no solamente resultan insuficientes los recursos materiales sino que no han aumentado en forma proporcional a la necesidad de contrarrestar el mayor interés de los empleadores de reducir los costos transgrediendo sus responsabilidades laborales.

En suma, este caso resulta crucial ya que pone de manifiesto los logros pero también las limitaciones de un modelo de inspección de trabajo que resulta dominante, en tanto son muchas las características compartidas entre los cuatro casos. En particular, muestra que la IT –aun con su mejor rostro– es incapaz para contrarrestar las consecuencias de un modelo económico que obliga a los trabajadores a aceptar cualquier condición para obtener una fuente de ingresos y a las pequeñas empresas, a precarizar los empleos para sobrevivir. Veamos qué ocurre en los demás países, donde los problemas de diseño y desempeño son mayores que en Brasil.

La visibilidad y el alcance de las funciones de la IT son mayores en Chile que en los otros tres países, y esto se debe a que tiene también a su cargo la interpretación de principios y leyes laborales, además de que vigila el cumplimiento de leyes previsionales, interviene en la solución de conflictos, en la difusión normativa y en la realización de investigaciones y encuestas laborales. Tiene autonomía presupuestaria y conforma un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio. Sin embargo, todo ello no se ha traducido en mejoras sustanciales en los indicadores de efectividad y eficacia, aun cuando como veremos hay evidencias de una creciente voluntad política para lograr una mayor cobertura y resultados en las tareas de fiscalización basadas en las reformas de 2001.

El federalismo genera –tanto en México como en Argentina– serios problemas de coordinación entre diversas jurisdicciones; la descentralización en este último caso (Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires) produjo resultados positivos al aumentar la efectividad de la IT. Aunque la Argentina tiene el nivel más alto de descentralización, el Ministerio de Trabajo retiene en forma coordinada con otros organismos el control del trabajo no registrado en el marco de los programas nacionales de fiscalización. El caso opuesto es el de México, donde no se ha logrado que todos los estados tengan convenios de colaboración con el gobierno federal y donde no existe programa alguno en el ámbito de la IT para detectar la omisión de los empleadores en el cumplimiento de normas previsionales. Esta tarea queda exclusivamente a cargo del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), pero

ambas instancias (el IMSS y la IT) no han buscado una mayor coordinación y tienen estrategias distintas, a pesar de que la falta de inscripción en ese instituto y el incumplimiento de los demás derechos laborales (tales como duración de las jornadas, vacaciones y aguinaldo) están fuertemente asociados.

8. ¿Cómo se promueve el cumplimiento? Estrategias de implementación de la IT

En los cuatro países se siguieron distintas estrategias para lograr el cumplimiento de las normas laborales, y hasta los años 90 predominaron las que se basaban en la imposición de sanciones proporcionales a la importancia de la norma y en el interés de aumentar la capacidad de detección. A partir de entonces se encuentran trayectorias distintas entre los países aunque en todos los casos comienza a darse mayor importancia a la promoción del cumplimiento voluntario y la prevención. Las estrategias revelaron además una gran sensibilidad frente al ciclo económico y el cambio político.

Las estrategias basadas en la “desviación” (es decir, en el supuesto de que predominará la tendencia a evadir las normas) a través de la imposición de sanciones en un sentido amplio (castigos y recompensas) han sido cuestionadas porque para que resulten efectivas deben ser suficientemente gravosas y contar con un aparato centralizado y eficaz de administración, dotado de poder y recursos suficientes, lo que no ocurre en estos países. Además se argumenta que se genera el problema de cómo controlar a los “guardianes” del cumplimiento y se aumentan las oportunidades de corrupción. Por ello, invocando la intención de combatirla, se debilitaron o desarmaron los aparatos de fiscalización e incluso se abrió el paso a la privatización de los sistemas de inspección, tal como ocurrió en México para determinadas actividades.

En los casos estudiados, el viraje hacia estrategias basadas en la prevención y la promoción del cumplimiento voluntario (“estrategia de los ángeles”) estuvo asociado a la idea de que una mayor fiscalización y actividad punitiva sobre las empresas, sobre todo las pequeñas, se traduciría en la destrucción de empleos, tal como lo sostiene el BID (2004). También puede haberse debido a una menor autonomía del Estado frente a los inversores y sus necesidades, lo que habría llevado a construir una mejor imagen ante éstos renunciando a la fiscalización.

Aunque ambas opciones no son excluyentes,

lo que importa más, a la hora de evaluar estas estrategias, es la *coherencia interna* que exista entre el diseño de las instituciones y el de los mecanismos destinados a hacerlas cumplir. Si frente a regulaciones que imponen un alto costo de cumplimiento se adopta una estrategia “desprovista de dientes”, la conducta más racional sería dejar de cumplir, sea que se haga abiertamente o se encubra bajo diversas formas de evasión o simulación, sobre todo cuando, como ya dijimos, la legitimidad de las normas es menor, los trabajadores son más débiles por los cambios en los mercados de trabajo asociados a la globalización y la presión por reducir costos laborales es mayor. Precisamente, la falta de coherencia entre el diseño legal (alto costo de cumplimiento) y los mecanismos de vigilancia (*enforcement*) puede explicar en gran medida por qué en los cuatro países existe un bajo nivel de efectividad de las normas en las empresas de menos de cincuenta trabajadores (de mucha menor visibilidad) y por qué se extiende la informalidad. Dicho de otra forma, la falta de fiscalización es una de las causas de este fenómeno y no a la inversa, como suele sostenerse (BID, 2004).

Sin embargo, la Argentina, Brasil y Chile han hecho esfuerzos recientes consistentes por mejorar la capacidad de fiscalización y revitalizarla, sea a través de cambios en los diseños o en las estrategias, que todavía no pueden ser evaluados. En México, por el contrario, los cambios se limitan a las estrategias (reemplazo del enfoque de la sanción por el de la prevención y el autocumplimiento) y parecen apuntar más bien a abdicar de tal función y abandonarla en manos de instancias privadas. Veamos estas tendencias con algún detalle.

- La Argentina, Brasil y Chile han hecho esfuerzos por mejorar los procedimientos así como las condiciones estatutarias de los inspectores y su formación, al igual que aumentaron los recursos presupuestarios y el número de inspectores, lo que no ocurrió en México. En este país la estrategia modernizadora tiene un fuerte sesgo gerencial y busca mejorar la imagen de la IT frente a los empleadores así como evitar la corrupción. No se hizo nada, en cambio, para ganar credibilidad ante los trabajadores ni a nivel federal ni en el DF. Además existen estrategias diferenciadas para atender el mismo problema: el IMSS ha aumentado la capacidad de fiscalización y el monto de las sanciones mientras la Inspección Federal del Trabajo (IFT) debilita esta capacidad y opta por el autocumplimiento y la prevención.

- Uno de los problemas de implementación no resuelto en México ni en Chile es la ausencia de una base de datos completa, común a los diversos servicios públicos en materia laboral, de seguridad social y fiscal. Más que restricciones de orden técnico, esta ausencia parece reflejar la escasa voluntad política de limitar el trabajo no registrado o precario como alternativa de empleo.
- La estrategia de la IT en Chile muestra las tensiones entre el interés de profundizar el modelo de desarrollo precedente y la necesidad de contrarrestar sus efectos sociales negativos. Los esfuerzos se orientan a la promoción del cumplimiento y la reparación del daño, más que a la sanción, privilegiando la conciliación de intereses y adoptando mejores procedimientos que reducen su duración.
- Una de las estrategias de Brasil, con experiencias muy positivas en el sector de la construcción, ha sido la focalización a los sectores más precarios y la promoción de una mayor participación de los actores.
- En ninguno de los cuatro países los sindicatos han asumido la necesidad de compensar los déficits de los sistemas de inspección ni han colocado en el centro de sus agendas el mejoramiento de la capacidad estatal de fiscalización, salvo algunas experiencias puntuales de Brasil y, más recientemente, la Argentina.

9. Resultados

En los cuatro países las posibilidades de detectar el trabajo no registrado son muy bajas (Argentina, Brasil y Chile) o casi nulas (México). Hay sin embargo mejoría en varios indicadores en los tres países del Cono Sur pero los avances son mayores en la Argentina (en un año aumentó cinco veces la tasa de regularización, lo que se debería a una más efectiva fiscalización de las pequeñas empresas, y en seis años aumentó cuatro veces el número de empleadores fiscalizados y se duplicó el número de trabajadores cubiertos). Por el contrario, las pequeñas empresas (menos de nueve o quince trabajadores) tienen trato privilegiado en Brasil y México que, prácticamente, las eximen de fiscalización y sanción.

En todos los casos, la posibilidad de detectar los incumplimientos en las empresas grandes es mayor pero éstas tienen más recursos para defenderse de las sanciones y hacer que el *costo del incumplimiento tienda a ser cero*. Sin embargo, la mayor visibilidad, la presencia sindical y el

menor impacto relativo del costo de cumplimiento serían factores que influyen en un mayor nivel de cumplimiento en estas empresas, lo que se confirma en los cuatro países.

Sin embargo, la generalización de la subcontratación en las grandes empresas lleva a la coexistencia de contingentes de trabajadores con diferentes condiciones en una misma empresa, al encubrimiento de relaciones de trabajo y al trabajo no registrado, todo lo cual dificulta la labor de fiscalización. Nuevamente, los sindicatos serían el complemento de la IT más indicado para sacar a la luz estas relaciones. Sin embargo, como ya se dijo, en los cuatro países la participación sindical en los procesos de inspección es muy limitada o nula, incluso en aquellos donde se contempla esta participación dentro de los procedimientos de vigilancia. Harían falta nuevas indagaciones para explicar por qué los sindicatos han desaprovechado por lo general las oportunidades institucionales existentes para cooperar en tareas de fiscalización: ¿falta de credibilidad de la IT o, siguiendo a los gobiernos, mayor tolerancia para evitar la destrucción de empleos?

9.1. Justicia laboral (JL)

Si la JL no funciona eficazmente, se genera un fuerte incentivo para que los empleadores no cumplan espontáneamente con los derechos de los trabajadores, con la expectativa de burlarlos o, por lo menos, tamizarlos al pasar por la justicia.

En la última década, la JL experimentó cambios importantes en los diseños y las estrategias en tres de los cuatro países debido al descrédito que experimentaron por la lentitud de los procedimientos así como por su incapacidad para hacer cumplir sus sentencias o laudos o por sus efectos dañinos sobre las empresas pequeñas. Por el contrario, nuevamente México muestra el mayor rezago en esta instancia.

126

Un primer problema de diseño se debe al cambio de los supuestos que acompañaron los diseños originales. Concebida para funcionar en contextos de crecimiento económico y estabilidad en el empleo, la JL se mostró inefectiva e ineficaz al cambiar las condiciones de los mercados de trabajo.

En todos los países el principal motivo de conflictos individuales es el despido. Estos conflictos aumentaron en situaciones críticas, lo que dio lugar a distinto tipo de respuestas.

La Argentina, Brasil y Chile introdujeron cambios de tipo estructural (organización de los tribunales). Sin embargo es en Brasil donde se ob-

serva una mayor capacidad de innovación: se dejaron atrás algunos rasgos corporativos, al eliminar la representación clasista de los tribunales; se estableció la posibilidad de crear comisiones de conciliación previa paritarias extrajudiciales y se creó un procedimiento sumarísimo para causas de bajo monto; se establecieron requisitos para reducir la cantidad de recursos (el excesivo número de instancias constituye precisamente el principal problema de diseño). Además se pautaron mecanismos para facilitar la ejecución de las sentencias, problema que se observa también en los otros tres países. El resultado es que en ese país existe hoy una organización eficaz y eficiente de la JL que responde en forma coherente a una creciente judicialización de las relaciones laborales (aumento de los conflictos individuales), a la par que se reducen los conflictos colectivos.

La Argentina hizo una reforma estructural en 1997 al crear el Servicio de Conciliación Obligatoria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo del Ministerio de Trabajo, cuestionada por su dependencia del Poder Ejecutivo, su carácter administrativo, la inducción a la renuncia de derechos y el encubrimiento de situaciones de simulación. Otro cambio fue el traslado al fuero comercial de las demandas laborales en casos de quiebra, lo que mejoró la eficacia del sistema pero no benefició a los trabajadores.

Las reformas de 2001 y 2005 introdujeron correctivos en Chile. El principal problema en ese país es el limitado número de tribunales especializados así como su intervención en causas previsionales (esto mismo sucede en México), aspectos corregidos apenas en la reforma de 2005 adoptada en aquel país. Por tal motivo no se pueden evaluar sus resultados.

En México subsisten serios problemas de diseño de tipo estructural en la JL, como la integración tripartita de las juntas de conciliación y arbitraje y su dependencia del Poder Ejecutivo. La imparcialidad está fuertemente comprometida, más aún cuando en el gobierno federal domina una visión gerencial del manejo de los asuntos laborales y cuando el sindicalismo corporativo está sumamente desprestigiado. Todas las evidencias reunidas en la investigación muestran un cierto caos en el desempeño de la JL y la imposibilidad de predecir qué es lo que le ocurrirá a quien demanda en estas instancias, creando el caldo de cultivo de una extendida corrupción en todos los niveles. Esta situación puede explicar, junto a otros factores, la baja tasa de conflictividad individual (número de demandas con relación al número de trabajadores separados del

empleo): de 6% en México, mientras alcanza 15% en Brasil y 30% en la Argentina. Igualmente, los resultados del desempeño en materia de derechos colectivos confirman que en México es posible un manejo discrecional de los mismos, muchísimo mayor que en los otros tres países, lo que ha favorecido a los sindicatos corporativos que controlan la representación ante las juntas.

En todos los países se han hecho esfuerzos para privilegiar la conciliación como alternativa ante la lentitud e inoperancia de la justicia, lo que conduce a la renuncia a una parte significativa de los derechos, reduciendo sensiblemente el costo de cumplimiento (a la mitad o menos de lo establecido en la ley). Subsisten problemas de diseño en los procedimientos que se relacionan con los ámbitos de competencia, etapas y oportunidades para la dilación de trámites (notificaciones y desahogos de pruebas), rezagos en la tramitación y resolución (en promedio la duración de un juicio de despido varía entre dos y tres años) además de que la primera instancia carece de credibilidad y es vista como una fase sin consecuencias. Los obstáculos se traducen en altas tasas de desistimientos y en un alto porcentaje de sentencias sin ejecutar (el porcentaje oscila en alrededor de 50% pero el más alto es el de México, donde el 89% de los laudos de la jurisdicción local [DF] queda en esta situación), todo lo cual anula el efecto positivo que se derivaría de la relativamente alta tasa de éxito de las demandas laborales.

Así, el porcentaje de laudos o sentencias favorables a los trabajadores en todo o en parte es de aproximadamente el 50% de los casos aceptados por la justicia de Brasil mientras llega a 67% en la jurisdicción federal de México y hasta el 74% en la justicia local del DF. Datos de Brasil, Argentina y México revelan sin embargo que aproximadamente la mitad (entre 40 y 50%) de los trabajadores despedidos que demandan terminan conciliando sus diferencias y obtienen la mitad o menos de lo que conseguirían si ganaran el juicio. Esto lleva también a inflar demandas o a demandar artificialmente. El principal antídoto para este tipo de situaciones sería la facultad que tienen los jueces en Brasil para aceptar en todo o en parte las demandas, antes de juzgar si deben o no ser satisfechas.

Una diferencia entre México y los otros países es que allí el servicio es gratuito para ambas partes y éstas asumen los costos según el resultado del juicio. Por el contrario, en la Argentina ha aumentado el porcentaje de casos en que quedan a cargo del actor (45%), o sea, el trabajador.

En suma, los problemas que afectan a la JL en estos países reducen significativamente el costo de cumplimiento de las normas laborales, cualquiera sea éste, por lo que es equivocado analizar su posible impacto en el desempeño económico a partir de los textos legales, como lo hacen la mayor parte de los estudios convencionales.

9.2. *Jurisprudencia: ¿amplía, restringe o delimita los derechos laborales?*

En esta investigación se indagó acerca de cuál era el papel real de la jurisprudencia con relación a los costos de cumplimiento porque en algunos de estos países suele ser invocado como un factor de mayor rigidez en las relaciones laborales. Para ello se revisaron las tesis de jurisprudencia en los temas más controvertidos a lo largo de las tres últimas décadas en los cuatro países.

Encontramos que México, sorprendentemente, muestra gran estabilidad en materia de interpretaciones jurisprudenciales al delimitar el alcance de derechos, sin ampliarlos ni restringirlos (80% de más de setecientos casos examinados entre 1970-2003). No es sensible al ciclo económico (salvo excepcionalmente) pero sí al cambio político, al configurarse a partir de 1995 una clara posición anticorporativa y a favor del pluralismo sindical. La jurisprudencia reproduce sin lugar a duda el sentido tutelar del texto de la ley y ha experimentado apenas algunos ajustes para facilitar la flexibilidad de las condiciones de trabajo, posibilitando la revisión a la baja de la contratación colectiva.

En Chile la penetración de interpretaciones flexibilizadoras fue más fuerte que en los otros países, reflejando el menor nivel de protección de la legislación, incluso después del regreso de la democracia. La baja tasa de conflictividad individual puede deberse tanto a la mayor flexibilidad en la contratación (un altísimo porcentaje de los contratos son temporales) como a la menor credibilidad respecto del sentido tutelar del sistema judicial.

La Argentina muestra en su jurisprudencia una marcada tendencia flexibilizadora en los 90 pero un cambio sustancial a partir de 2003, al experimentarse un viraje en la política laboral y cambiar la integración del máximo tribunal, lo que se tradujo en una vuelta a la protección social. A diferencia de México, se mantiene en cambio una posición favorable al modelo sindical corporativo.

Por su parte, Brasil revela una intensa actividad de interpretación jurisprudencial (uno de los

temas más controvertidos es el de las horas extra). En el período 1970-1999 un 65,3% de interpretaciones ampliaron derechos individuales, un 2,6% fue neutra y un 32,1% resultaron restrictivas. Como sostienen Cardoso y Lage (2005): “La justicia laboral ha sido el guardián indiscutible de los derechos de los trabajadores con un enfoque predominantemente protector”.

10. Conclusión

Los resultados anteriores confirman la importancia de trascender el análisis de los costos de cumplimiento basados en los textos legales y conocer el desempeño real de las instituciones laborales. Las diferencias entre los países parecen estar más en factores como la presencia o ausencia de un sindicalismo fuerte y autónomo así como en la capacidad estatal para detectar el incumplimiento y sancionarlo, además de la legitimidad que tengan las normas, que en los costos de cumplimiento. La evolución de las reformas en los diseños muestra también que en materia de derechos laborales nada está definitivamente perdido ni adquirido y que, al menos en los países del sur, se está buscando mejorar la calidad de las instituciones laborales para contrarrestar los efectos adversos de la globalización, la reestructuración productiva y las reformas previas.

Se destaca la importancia de lograr cierta coherencia entre el costo de cumplimiento y el sistema de vigilancia y aplicación, como lo muestra el caso de Brasil, donde existe un diseño legal relativamente flexible, con cierto grado de legitimidad –por su diseño original y sus adaptaciones sucesivas– junto a un sistema de inspección y de JL eficaz y bien organizado, con las estrategias y los recursos para funcionar adecuadamente, beneficiando al menos a los trabajadores registrados.

128

El caso de México muestra en cambio las consecuencias de conservar un sistema laboral marcadamente rígido (aunque con costos no salariales menores a Brasil) con un sistema de inspección débil, inestable y fragmentado, sin transparencia ni recursos proporcionales a la responsabilidad que se le asigna y un sistema de JL afectado por la corrupción y la ineficiencia. En este caso falta mucho para asegurar los derechos de los trabajadores asalariados en el sector formal de la economía, además de extenderlos a los que lo hacen en el sector no estructurado. Por ello, aunque todos los países estudiados requieren ajustes en sus diseños, Méxi-

co es el país que requiere de una reforma laboral de mayor envergadura. Tanto por su rigidez legal excesiva (en materia de derechos individuales y colectivos) como por la ausencia de mecanismos para proteger a los trabajadores en mercados altamente inestables, como son los seguros de desempleo o los programas de capacitación universales, y por las fallas estructurales que presenta el sistema de vigilancia y aplicación, es necesario asumir esta vieja asignatura pendiente. Un ejemplo lo brinda el sistema de indemnizaciones por despido –supuestamente se trata del más protector de los países estudiados– difícil de hacerse efectivo cuando las tasas de rotación laboral son tan altas como las que existen en México. Este sistema beneficia por lo general a los trabajadores calificados de las grandes empresas o dependencias públicas (una minoría) pero no sirve para proteger a los más vulnerables.

Como resulta de la investigación realizada, solamente demanda un porcentaje minoritario de los trabajadores, la mayor parte de los cuales acepta una conciliación por menos de la mitad de lo que le corresponde legalmente ya que, aunque tendría buenas posibilidades de ganar en un juicio, menos de la mitad llegaría a ejecutar la sentencia si litigara ante la jurisdicción federal y solamente lo lograría uno de cada diez en la jurisdicción local del DF, donde se concentran los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas.

Los tres países con antecedentes corporativos tienen escasa experiencia sobre cómo transitar hacia modelos sindicales basados en un nuevo equilibrio entre libertades individuales y los derechos de las organizaciones así como en el pluralismo, lo que constituye un requisito de un orden democrático y una ciudadanía plena a la vez que muestra las limitaciones de la transición política.

Esta situación afecta nuevamente más a México, donde el corporativismo derivó en una extendida simulación sindical y en la manipulación del sentido de la acción colectiva, permitiendo el triunfo de las posiciones antisindicalistas de los empresarios, respaldadas por los últimos gobiernos. Estamos en este terreno ante un caso de “colusión legal” de graves consecuencias y muy difícil de erradicar, que se sustenta en un diseño inadecuado de los derechos colectivos. A la radicalidad original de los derechos de sindicalización, contratación colectiva y huelga, se le opuso en los hechos, como un “mal menor”, la complicidad entre autoridades, empleadores y sindicatos afines, negocio altamente rentable para los líderes,

los empleadores y sus abogados. Esta colusión impide la emergencia de sindicatos independientes y verdaderamente representativos y, por ende, reduce los costos laborales y garantiza plena flexibilidad a las empresas, la que sin embargo no es combinada con inversiones en tecnología ni en calificación ni aprovechada para mejorar los niveles de productividad. En suma, por una parte existen “cotos de poder mafiosos” que aprovechando un diseño radical crean con su actuación “agresiva” la necesidad de estas prácticas (por ejemplo, emplazando a huelga para firma de contrato a pequeños o medianos empresarios sin tener trabajadores afiliados) y se oponen con su fuerza política al rediseño profundo del régimen laboral, con el apoyo de los empleadores y de sus abogados, beneficiarios todos de estas prácticas. Por otra, los sindicatos verdaderos temen perder poder legal en un contexto adverso para los intereses de los trabajadores y los gobiernos temen poner en peligro la “paz laboral”, por lo que tampoco colocan en el centro de su agenda y de los partidos políticos aliados las reformas estructurales en el mundo del trabajo, entendiendo por ello las reformas de las estructuras sindicales y de las instancias encargadas de la vigilancia y aplicación de las normas laborales.

La consecuencia es que, a diferencia de la capacidad de cambio institucional reflejada por los otros tres países, al menos en otros aspectos de la legislación laboral y por lo que se refiere al sistema de vigilancia y aplicación de las normas, México sigue atrapado en un círculo vicioso del que le resulta muy difícil salir. De ello se derivan graves consecuencias en lo que se refiere a su capacidad para orientar las relaciones laborales hacia un arreglo que ofrezca incentivos para aumentar la productividad y un reparto equitativo de sus resultados.

Chile, por su parte, enfrenta el predominio de las libertades individuales, la fragmentación y las limitadas prerrogativas sindicales, lo que se agrava por la mayor flexibilidad de las contrataciones y su mercado de trabajo, todo lo cual se traduce en la extrema debilidad del sindicalismo como interlocutor en distintos niveles. Aunque conforman fenómenos muy contrastantes –el de Chile y México–, los resultados son semejantes: una marcada unilateralidad empresarial en la determinación de las condiciones de trabajo. La diferencia radicaría en los altos costos de transacción que ello supone en el caso mexicano, en términos de corrupción sindical y profesional así como de pérdida de legitimidad de las autoridades laborales.

La creciente importancia del trabajo no registrado (ante las autoridades laborales y/o previsionales) y la complejidad de los factores que intervienen para hacerlo posible exigen una solución igualmente compleja en los cuatro países. Independientemente de las diferencias entre los diseños legales, este fenómeno puede ser visto igualmente como un caso de “colusión legal” o de complicidad entre empleadores, autoridades y trabajadores para evadir todas o parte de las reglas, basado en la configuración de un “equilibrio general” entre sus intereses, sobre todo cuando las condiciones adversas de la economía y del mercado de trabajo presionan a la baja los costos laborales y obligan a los trabajadores a optar por el mal menor. Si estas condiciones no cambian, se vuelve casi imposible la detección del fenómeno, en tanto mientras más precarios sean los vínculos y peor la condición del empleador, menor será la disposición de los trabajadores a denunciar las violaciones.

Aunque un factor decisivo es restablecer el crecimiento económico, la mayor capacidad estatal de detección y sanción del trabajo no registrado puede incidir en el fenómeno, en tanto la posibilidad de que la IT funcione eficazmente a partir de las denuncias de los trabajadores es actualmente muy limitada. Por el contrario, la amenaza real de la detección y la probable aplicación de una fuerte multa serían un incentivo negativo para la evasión. La reciente experiencia de la Argentina en el combate al trabajo no registrado parece basarse en este supuesto. Queda sin embargo subsistente la pregunta de qué otras medidas podrían desalentar esta práctica, algunas de las cuales han sido utilizadas hasta ahora con escaso éxito: ¿un régimen especial para las empresas pequeñas o una revisión a la baja de los costos laborales no salariales para que sean soportados por todas las empresas? ¿Un aumento del salario para que los trabajadores puedan subsistir sin sacrificar otros derechos, o una reducción para que resulten soportables los costos no salariales asociados a su monto? ¿Crear mejores condiciones institucionales para una ciudadanía laboral de alta intensidad, fortaleciendo el papel fiscalizador de los sindicatos o combinando estas y las demás opciones? ¿Una distribución diferente de los riesgos y responsabilidades, socializando a través de los impuestos el soporte de los derechos sociales de los trabajadores en las microempresas y de los autoempleados? Futuras investigaciones podrían centrarse en estos interrogantes.

Anexos

Cuadro 1
Comparativo costos laborales (%)

Indicador	Argentina	Brasil	Chile	México
Contribuciones empleador	45	67,2	38,6	47,0
1. Contribuciones	34	43	4,5	29,6
Jubilación	10,2	24,7(a)		6,0
Accidentes de trabajo	2,7		2,1	2,6
Salud (b)	7,5			8,8
Guardería				1,0
Retiro				2,0
Vivienda				5,0
Aguinaldo	8,3	8,3		4,2
Seguro de desempleo	0,9		2,4	
Fondo Garantía de Tiempo de Servicio		10,0		
Asignaciones familiares	4,4			
2. Otros costos para empleador	11	24,2	34,1	17,4
Beneficios complementarios (c)	3,6	13,1	25,0	6,8
Vacaciones	7,4	11,1	9,1	10,6

Fuente: Elaboración propia basada en:

Argentina: Héctor Szretter (2005).

Brasil: Amadeo, Gill y Neri (2000: 7).

Chile y México: Tokman y Martínez (1997).

(a) Esta cifra contempla jubilación, accidentes de trabajo, educación e Instituto Nacional de Colonización y Reforma (INCRA).

(b) Para el caso de la Argentina se le agregó 1,5% que aporta el empleador para el Programa de Asistencia Médica Integral para Jubilados y Pensionados (PAMI).

(c) Para el caso de Chile y México corresponde a gratificaciones o sueldos extra.

Cuadro 2
Índice de efectividad (1 = menos efectiva; 4 = más efectiva)

Indicador	Argentina		Brasil		Chile		México	
	%	Valor índice	%	Valor índice	%	Valor índice	%	Valor índice
Cobertura de la legislación social (a)	48,2	1	69,2	4	62,8	2	63,4	3
Inspección (b) Cobertura Capacidad para detectar trabajo no registrado	24,7	3	44,2	4	23,3	2	8,2	1
	0,13	3	2,42	4	0,8	3	0	1
Justicia laboral (c) Juicios que duran tres años o más Laudos o sentencias favorables al trabajador Laudos o sentencias ejecutados	11	2	1,4	4	1,7	3	12	1
	74	4	62	3	n/d	2*	74	4
	50	3	51	4	21,1	2	11,5	1
Tasa de conflictividad (d) Número de separaciones/número de demandas	33,4	4	13,7	3	0,08	1	5,9	2
Total valor índices		20		26		15		13
Promedio del índice (e)		2,86		3,71		2,14		1,86

Fuente: Elaboración propia basada en las siguientes referencias:

- (a) Datos tomados del anexo estadístico del *Panorama laboral, 2004. América Latina y el Caribe*. Para Argentina, Brasil y México son datos de 2003; para Chile, de 2000.
 (b) Datos tomados de los capítulos nacionales. Las cifras de la Argentina corresponden a 2004, las de Brasil son de 2003, para Chile son datos de 2003 y para México los datos de cobertura son de 2004 (sólo de jurisdicción federal) y los referentes a la capacidad de detección son de 2003. Cabe señalar que en México la institución encargada de fiscalizar y regularizar el trabajo no registrado es el IMSS. En 2003 sólo regularizó a 1.621 trabajadores, por lo que es prácticamente nula la capacidad de detección.
 (c) Las cifras de Chile se tomaron del trabajo de Gazmuri (2004), citado en el capítulo nacional correspondiente. Las cifras de la Argentina, Brasil y México se tomaron de los respectivos capítulos nacionales. Para el caso mexicano, de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal.
 (d) Datos tomados de los capítulos de cada país. Las cifras de la Argentina y Brasil corresponden a 2003, las de Chile son de 2000 y las de México de 2001 sólo de jurisdicción federal.
 (e) Se dividió el total del valor de los índices entre el número de indicadores. Para el caso de Chile, donde no se cuenta con un indicador, se le asignó la media.
 * Dado que para Chile no se cuenta con esta información, se le asignó la media a este indicador.

Bibliografía

- Amadeo, E., I. Gill, I. y M. Neri (2000), "Brazil: The pressure points in labor legislation", *Ensaio Econômicos da EPGE*, N° 395, FGV, Río de Janeiro.
- Aragón, S. (2005), "Trabajadores de la construcción del Distrito Federal: vulnerabilidad versus protección institucional", tesis para obtener el título de maestría en Estudios Sociales, México, UAM-I.
- Armijo, L. (1995), "The problems of simultaneous transitions", en Larry Diamond (ed.), *Economic Reform and Democracy*, Londres, The Johns Hopkins Press.
- Bensusán, G. (2003), "Reformas laborales en países desarrollados y en desarrollo: entre el conservadurismo y la innovación institucional", *Perfiles Latinoamericanos*, N° 22, FLACSO, pp. 11-49.
- (2005), "Diseño legal y desempeño real: las instituciones laborales en México", en G. Bensusán (coord.), ob. cit.
- (coord.) (2005), "Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en América latina", mimeo.
- BID (2004), *Se buscan buenos empleos: Los mercados laborales en América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo.
- Bobrow, D. y J. Dryzek (1987), *Policy analysis by Design*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
- Botero, J. et al. (2004), "The Regulation of labor", NBER Working Paper Series. <http://papers.nber.org/tmp/16478-w9756.pdf>.
- Cardoso, A. y T. Lage (2005), "Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en Brasil", en G. Bensusán, ob. cit.
- Dryzek, J. (2003), "La lógica informal del diseño institucional", en R. Goodin (comp.), ob. cit.
- Friedrich Ebert Stiftung (FES) (2005), *Memorias del seminario "Auge y perspectivas de los contratos de protección. ¿Corrupción sindical o mal necesario?"*, México, 24-26 de mayo.
- Figueroa, R. (2005), "Diseño legal y desempeño real: Chile", en G. Bensusán, ob. cit.
- Gazmuri, C. (2004), *La justicia del Trabajo en Chile: realidades y perspectivas*, Santiago de Chile, Cuaderno de Investigación, Dirección del Trabajo.
- Goodin, R. (2003) "Las instituciones y su diseño", en R. Goodin (comp.), *Teoría del diseño institucional*, Barcelona, Gedisa.
- Kaplan, D., G. Martínez y R. Robertson (2004), "Worker-and job-flows in México", México, Centro de Investigaciones Económicas, ITAM, mimeo.
- Marshall, A. (1997), "State labour market intervention in Argentina, Chile and Uruguay: Common model, different versions", *Employment and Training*, Papers 10, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Instituto de Desarrollo Economico y Social, Buenos Aires, Department International Labour Office Geneva, OIT.
- North, D. (1995), *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica.
- Offe, C. (2003), "El diseño institucional en los procesos de transición de Europa del este", en R. Goodin (comp.), ob. cit.
- OIT (2004), *Panorama laboral 2004. América Latina y el Caribe*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, OIT. http://www.oitchile.cl/pdf/panorama_laboral_2004.pdf.
- Pettit, Ph. (2003), "El diseño institucional y la elección racional", en R. Goodin (comp.), ob. cit.
- Saavedra, J. (2003), "Labor markets during the 1990s", en P. Kuczynski (ed.), *After the Washington Consensus. Restarting growth and Reform in Latin America*, Nueva York, Institute for International Economics.
- Schmid, G. (1996), "Equality and Efficiency in the Labour Market: Toward a Socioeconomic Theory of Cooperation", en G. Schmid (coord.), *Labour Market Institutions in Europe. A Socioeconomic Evaluation of Performance*, Nueva York, M.E. Sharpe Inc.
- Senén, C. y H. Palomino (2005), "Diseño legal y desempeño real: instituciones laborales en Chile", en G. Bensusán, ob. cit.
- Stallings, B. y W. Peres (2000), *Crecimiento, empleo y equidad*, Santiago de Chile, CEPAL-Fondo de Cultura Económica.
- Szretter, H. (2005), Documento interno de la Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales del MTESS, julio, Argentina.
- Tokman, V.E. y D. Martínez (1997), "Costo laboral y competitividad en el sector manufacturero de América Latina", en V.E. Tokman, D. Martínez et al., *Costos laborales y competitividad industrial en América Latina*, Lima, OIT.
- Vega Ruiz, M.L. (2001), *La reforma laboral en América Latina*, Lima, OIT.
- Weller, J. (1998), "Los retos de la institucionalidad laboral en el marco de la transformación de la modalidad del desarrollo en América Latina", *Serie Económica*, N° 10, CEPAL.
- (2001), *Economic Reforms, Growth and Employment*, CEPAL.
- y M. van Gelderen (2005), "Flexibilidad de los mercados de trabajo: las variables laborales frente al crecimiento económico", en G. Bensusán (coord.), ob. cit.