

**Protección jurisdiccional de los derechos laborales,
relevancia de su constitucionalización, flexibilidad
laboral y formación profesional a comienzos del siglo
XXI**

Oscar Ermida Uriarte

**Justicia Viva
Instituto de Defensa Legal
Pontificia Universidad Católica
Asociación de Jueces por la Justicia
y la democracia**

**Sociedad Peruana de
Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social**

Presentación

La agenda laboral latinoamericana sigue teniendo puntos neurálgicos, cuya trascendencia va más allá del propio sistema de relaciones laborales, para influir directamente en los niveles de vida de los ciudadanos, la ciudadanía social y los modelos de inserción nacional en la economía globalizada.

El consenso de Washington buscó, a lo largo de la década de los noventa, una redefinición de las economías latinoamericanas desde presupuestos liberales, lo que condujo, en gran parte de la región a un agudo proceso de flexibilización laboral, que se expresó en un cambio y disminución de las reglas estatales que regulaban el trabajo asalariado, con el fin de reducir los niveles de protección de los trabajadores y generar, así, un polo de mayor atracción para los inversionistas nacionales y extranjeros.

En el Perú se implementó una profunda reforma laboral en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo (estabilidad laboral relativa, incremento de modalidades temporales, fomento de la intermediación laboral, deslaboralización de las modalidades formativas, ampliación del poder directivo del empleador, etc), y se acentuaron las líneas restrictivas del histórico modelo reglamentarista de relaciones colectivas de trabajo (doble personalidad de los sindicatos, cancelación administrativa del registro sindical, caducidad de los convenios colectivos, extinción de la negociación colectiva por rama de actividad, ilegalización de las modalidades atípicas de huelga), a la vez que se abrieron las puertas para la participación privada en la

seguridad social (alternativa en materia de pensiones y complementaria en el ámbito de salud).

Habida cuenta que la redefinición del sistema de relaciones laborales y todos los sacrificios personales y sociales que implicó la flexibilidad no han conducido a la tierra prometida, comenzando este nuevo siglo se vuelve imprescindible repensar las líneas maestras sobre las que deben asentarse las relaciones entre el capital, el trabajo y el Estado, a nivel nacional y regional, para afrontar de la manera más eficiente posible los retos de la globalización. En tal contexto, resulta imprescindible repensar el papel de la constitucionalización de los derechos laborales, su tutela jurisdiccional especial y el rol de la formación profesional, a la luz de la experiencia últimamente vivida y de los nuevos contornos que debe tener el tema de la flexibilidad laboral.

En función de ello, el Consorcio *Justicia Viva* y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, han decidido difundir conjuntamente la entrevista que se realizara al doctor Oscar Ermida Uriarte, uno de los más preclaros estudiosos del sistema de relaciones laborales latinoamericano, que, además de ser autor de una copiosa e importante bibliografía, se desempeñó como Consejero Regional en Derecho del Trabajo de la OIT (oficina de Lima) entre la segunda mitad de los años ochenta y los primeros años de la década siguiente, y que, en la actualidad, sigue prestando servicios a la OIT en la oficina de Cinterfor. Además de ello, el Dr. Ermida ha desarrollado una extensa carrera universitaria, en diversas universidades de Latinoamérica (entre las que se encuentra la Pontificia Universidad Católica del Perú) y es socio honorario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Se trata, sin duda, de un texto claro, muy documentado y sin cortapisas, que enriquecerá el debate nacional y regional, y que, como suele suceder con sus textos o conferencias, no dejará indiferente a ninguna persona interesada en el curso de las relaciones laborales.

I. Protección jurisdiccional de derechos laborales

Dr. Ermida, ¿cuáles son los distintos sistemas de protección judicial de los derechos laborales en América Latina?

Primero que nada quisiera manifestar mi agradecimiento al Consorcio *Justicia Viva* y a Alfredo Villavicencio por invitarme a esta entrevista y manifestar también, por supuesto, mi gran satisfacción por estar en Lima unos días y en Perú en general. Viví en el Perú casi 6 años, hace ya unos 10, desempeñando funciones para la OIT con sede en Lima, y realmente esa fue una época muy fructífera en mi vida no sólo desde el punto de vista profesional sino sobre todo desde el punto de vista humano. Las amistades que hice en ese período en el Perú, se mantienen hasta hoy, reviven en cada pasada mía por acá o de algunos de ellos por Montevideo, siendo afectos que me quedaron en mi patrimonio espiritual

Pasando a contestar la pregunta, se puede decir que en general, y sin perjuicio de excepciones, la protección jurisdiccional de los derechos laborales se confía a tribunales especializados, existiendo también, mayoritariamente un proceso laboral especial, diferente al común, por lo general más abreviado e informal.

Si bien es difícil hacer una consideración general, válida para toda la región, creo que los problemas mayores no radican tanto en el diseño general del sistema sino en su funcionamiento: excesiva duración del proceso, en unos casos, insensibilidad social o falta de independencia de criterio de los jueces en otros, corrupción en ciertas

ocasiones, insuficiente número de tribunales y bajo presupuesto, en muchos casos.

¿Cómo evalúa la eficacia de los distintos sistemas de protección judicial de los derechos laborales en América Latina y considera que hay un modelo mejor que otro o simplemente hay principios que respetar en el modelo que históricamente corresponda a cada país?

Yo no me atrevería a postular un modelo único, que en cierto modo correría el riesgo de desconocer particularidades nacionales. Pero sí ratifico que la eficacia de la protección judicial de los derechos laborales es, por lo general, en la actualidad, muy baja en América Latina y que sí se pueden identificar tres o cuatro recomendaciones o principios que tendrían validez general y que, de ser efectivamente aplicados, lograrían mejorar muy sensiblemente –acercándolo casi a un óptimo- el grado de aplicación judicial del Derecho del trabajo.

El primer principio o recomendación es el de la esencialidad de la *especialización*: debe haber una Justicia laboral especializada y un proceso laboral igualmente especial. El desarrollo técnico del Derecho procesal ha llevado a que algunos procesalistas, incluso en mi país, el país de Couture, olvidaran lo que este maestro siempre reconoció con una cuota de humildad que a veces solo los sabios pueden darse el lujo de ostentar: que el Derecho procesal es un Derecho adjetivo, que no es un fin en sí mismo, sino que su objetivo es garantizar, o por lo menos facilitar, la aplicación del Derecho sustantivo al que sirve. El Derecho procesal debe adaptarse a los objetivos del Derecho sustantivo cuya vigencia debe garantizar. Y cuando ese Derecho sustantivo es el Derecho laboral, con su alta carga de autonomía y particularismo, con principios tan propios y

hasta atípicos o heterodoxos, con más razón, el Derecho procesal del trabajo deberá ser igualmente especial. Debe, por ejemplo, plasmar el principio protector (la finalidad tuitiva que es la razón de ser del Derecho laboral), el principio de primacía de la realidad por encima de la formalidad, garantizar la celeridad, etc.

Sólo un proceso especial conducido por jueces especializados, podrá alcanzar esos objetivos, aplicando y desarrollando la doctrina apropiada, a partir de una sensibilidad especial, diferente a la de los magistrados civiles, comerciales, etc.

En segundo lugar, me parece necesario insistir en la *celeridad*. En muchos países los juicios laborales son demasiado extensos, lo que desalienta la reclamación e induce a transacciones “a precio vil”, lo cual termina siendo una injusticia y la negación del orden público, de la imperatividad de las normas laborales y de la irrenunciabilidad de los derechos.

No se puede olvidar que en el juicio laboral se discute el pago de sumas de naturaleza alimentaria o emanadas del desconocimiento de derechos fundamentales. En materia laboral, la sentencia tardía –aún técnicamente correcta- no es justa; es denegación de justicia. Pero además, es un despilfarro. ¿Qué sentido tiene que la sociedad ponga en funcionamiento todo el aparato judicial (Juez, funcionarios, locales, papelería, computadoras, abogados de una y otra parte, etc.), para resolver que el empleador debe o no debe al trabajador una suma equivalente, por ejemplo, a dos, tres o cuatro salarios mínimos. Sería más económico abonarle esa cifra al actor sin entrar a discutir si tiene derecho a ella o no. Pero es que además, no hay ninguna razón para que esos juicios laborales sencillos, de monto moderado (no estoy hablando de los pocos juicios laborales de alto monto

y/o técnicamente muy complicados), duren más de dos o tres meses.

Hay algunos mecanismos que pueden tenerse en cuenta para alcanzar (o aproximarse a) este objetivo.

Por ejemplo, si no fuera posible –en el marco de las respectivas condiciones nacionales- garantizar que la duración de todos los juicios laborales sea de pocos meses –objetivo alcanzado en varios países europeos-, se podría analizar la instauración de un procedimiento sumarísimo para los asuntos de menor cuantía, en el cual la rapidez de la solución esté garantizada.

Otra medida es la limitación de la(s) apelación(es). La experiencia indica que buena parte de las apelaciones son efectuadas, a veces, sistemáticamente por demandados perdidosos con finalidad exclusiva o predominantemente dilatoria. Perfectamente puede evitarse –o al menos aminorarse- esta práctica, estableciéndose que, para apelar, deberá depositarse el monto de la condena de primera instancia, a la orden del Juzgado.

Asimismo, sería necesario que los intereses y reajustes aplicados a las cantidades demandadas desde su generación o desde la demanda, sean lo suficientemente altos –superiores al rendimiento de cualquier otra colocación- para evitar otra práctica habitual: la de la empresa que sigue el juicio solamente para utilizar el dinero debido, obteniendo con él una ganancia que luego de un largo proceso le permite abonar el monto de la condena y los honorarios del abogado, conservando, aún, un excedente. Los intereses y reajustes aplicables a los créditos laborales reclamados judicialmente deberían ser tales, que el mejor negocio para el deudor fuera el de abonar sin afrontar la reclamación judicial.

Claro que esto debería complementarse con una efectiva protección de los créditos laborales ante los casos de insolvencia. La celeridad evitará, sin duda, muchas de esas dramáticas “carreras contra reloj” en las que la morosidad del juicio laboral coloca al trabajador en la posición de impotente espectador de la insolventación (fraudulenta o no) de su deudor. Pero la celeridad no basta cuando la insolvencia se produce antes o cuando el empleador ha hipotecado o prendado el patrimonio. Debería existir, además, un sistema de preferencia de los créditos laborales y un fondo de garantía de los mismos, mecanismo existente en casi todos los países europeos.

El tercer principio básico del proceso laboral es el de su *gratuidad*, que debería ser absoluta, sin resquicios de ningún tipo.

Y en cuarto lugar, me parece fundamental la *capacitación* de los jueces. Es indispensable contar con magistrados técnicamente competentes, porque ¿de qué sirve la mejor legislación aplicada por magistrados ineptos? Pero además, la necesaria capacitación judicial se vincula con el primero de los aspectos mencionados: el de la especialización. Sea por falta de capacitación, sea por falta de especialización o sea por falta de independencia, tengo la impresión de que en los últimos años ha habido cierta falta de decisión jurisprudencial para aplicar a fondo todos los principios del Derecho del trabajo y hacer respetar plenamente los derechos laborales. Me parece, por ejemplo, que en promedio, la jurisprudencia laboral no ha sido suficientemente decidida, incisiva, agresiva en el combate del uso de formas contractuales precarias o civiles y comerciales, que encubren relaciones de trabajo. De algún modo se ha verificado una cierta “flexibilización jurisprudencial” que ha tolerado más de lo que para mi gusto debería, el “trasvestismo” de contratos laborales,

favoreciendo así la “huida del Derecho del trabajo”. A mi modo de ver, esta carencia se debe, en parte, a falta de especialización y de convicción acerca de los principios, objetivos y funciones del Derecho del trabajo.

II. Constitucionalización de derechos laborales

¿En la vigencia de los derechos laborales, qué papel juega su constitucionalización?

La constitucionalización de los derechos sociales –y entre ellos, la de muchos derechos laborales y de la seguridad social-, proceso particularmente intenso en América Latina, es, en mi opinión, de la mayor importancia, aunque, por otro lado, me parece que no ha sido suficientemente explotado o desarrollado.

La incorporación de derechos laborales a la Constitución, dentro del conjunto de derechos humanos que el Estado reconoce y se compromete a respetar, promover y garantizar su goce, supone, por lo menos, asignar la máxima jerarquía jurídica a esos derechos. Son derechos humanos reconocidos como tales a nivel constitucional y, por lo tanto, gozan de las garantías constitucionales y no pueden ser afectados o limitados por normas o actos de jerarquía infraconstitucional, salvo en las condiciones y circunstancias que la propia Constitución prevea. Más aún, al revistar en la Constitución forman parte del “contrato social”, de las condiciones mínimas de vida en común de la sociedad y de la creación, institucionalización o conformación (eso quiere decir “Constitución”) del Estado.

Esta importancia de la constitucionalización de los derechos sociales se incrementa, retroalimentándose, con la paralela

y casi simultánea internacionalización. Por lo general se ubica el arranque de la internacionalización de los derechos laborales en 1919, con la creación de la OIT, es decir, dos años después de la Constitución mexicana y concomitante con la adopción de la Constitución alemana de Weimar, la primera de las europeas en incorporar derechos sociales. La obra de la OIT, al aprobar a lo largo del siglo XX más de 180 convenios internacionales del trabajo y otras tantas recomendaciones fue, sin duda, el motor más potente de tal internacionalización. Pero no fue el único, ya que debe tenerse en cuenta que a partir de la Declaración Universal de derechos humanos de la ONU (1948), casi todos los Pactos y Declaraciones internacionales (universales y regionales) de derechos humanos incluyen, entre éstos, a muchos derechos sociales, en general, y laborales en especial. Esta internacionalización de los derechos sociales con la calidad de derechos humanos concurre grandemente a su jerarquización: ya no son sólo las Constituciones nacionales que reconocen a los derechos laborales como derechos humanos y como bases de la misma nación, sino que lo propio hace la comunidad internacional. Los derechos humanos, pues (y entre ellos, los sociales), lo son a nivel nacional e internacional, y forman parte de las condiciones mínimas de vida en común, tanto en la nación como en el mundo. Constituyen el orden público nacional y el orden público internacional.

Pero como te decía, la cosa no termina aquí, porque no se trata solamente de que haya una coincidencia en este punto, entre el orden jurídico nacional y el internacional, sino que además de coincidir, los dos ordenamientos jurídicos se retroalimentan en esta materia. Se produce entre ellos un efecto de sinergia o potenciación mutua. En efecto, la mayor parte de las Constituciones más o menos modernas contienen una disposición que reconoce o considera

incorporados a su texto los derechos inherentes a la personalidad humana y/o reconocidos generalmente como tales; otras veces se alude expresamente a los Pactos y Declaraciones de derechos o a otras normas internacionales. El efecto es el de que se “nacionalizan” a nivel constitucional los derechos reconocidos internacionalmente, los que pasan a integrar la misma Constitución, conformándose un “bloque de constitucionalidad” formado por las normas de derechos humanos incorporados a texto expreso en la Constitución y aquellas otras provenientes del Derecho internacional, pero que se suman a ella por efecto de la referida remisión.

De tal forma que ese complejo de derechos humanos, entre los cuales los laborales, de fuente constitucional e internacional, tiene reconocimiento tanto a nivel constitucional-nacional como internacional. En este último ámbito, pueden ser reclamados ante los órganos internacionales de control. En el ámbito nacional pueden ser exigibles ante cualquier juez nacional competente. Este punto requiere ser desarrollado. Es necesario que los jueces se acostumbren a aplicar las normas constitucionales e internacionales, aún antes que las legales y reglamentarias, ya que son de la máxima jerarquía y que los abogados se acostumbren a reclamar la exhibibilidad de esas disposiciones y que fundamenten sus demandas y defensas en ese tipo de normas.

III. Agenda laboral latinoamericana: la desregulación y flexibilización de derechos laborales y la formación profesional

¿Además de lo dicho, cuál es su apreciación respecto de la Agenda Laboral Latinoamericana, comenzando este nuevo siglo?

Sobre la Agenda Laboral Latinoamericana yo diría que hay varios temas. Algunos que uno puede decir que ya son crónicos en América Latina, como la preocupación por el empleo, corrijó, desempleo, o el sub-empleo; la informalidad; etc. Esa es una problemática que emergió hace ya varias décadas en América Latina y que al día de hoy no ha tenido resolución en la Agenda Laboral. Lo que algún autor llama, yo creo que con corrección, la penuria del empleo, no ha tenido solución y no se vislumbran soluciones claras. Este tema está en la Agenda Laboral Latinoamericana a pesar de que ya no se puede decir que sea un tema nuevo. Es una cuestión que tendríamos que decir que lamentablemente permanece en la Agenda Laboral Latinoamericana; es como esos temas pendientes, que vamos pasando de la agenda de un año a la del otro, sin resolverlos.

Otro de los temas de la Agenda Laboral Latinoamericana, que tampoco es del todo nuevo, pero sí mucho más reciente que el del desempleo y que yo vislumbro, tengo la esperanza, de que esté en vías de salir de la agenda para convertirse en un tema en breve ya resuelto y antiguo, es el de la flexibilidad o desregulación de los derechos laborales de la Legislación del Trabajo.

Desde fines de la década del setenta, pero sobre todo en las décadas del ochenta y del noventa, en el mundo, pero con particular dureza en América Latina, hubo una fortísima

demanda de desregulación y de flexibilización de los derechos laborales. Se trataba de eliminar o disminuir los derechos reconocidos a los trabajadores, generando una transferencia de recursos de los trabajadores al sector empleador, esto es, concentrando la renta aún más de lo que ya estaba concentrada en América Latina, bien simplemente con esa finalidad, o bien acompañándola en segunda instancia de un argumento según el cual esa concentración del ingreso en el sector empleador permitiría un aumento de la inversión, generando así más puestos de trabajo y terminando con el desempleo. Lo cierto es que, luego de muchas experiencias a las cuales el Perú no ha sido ajeno, dado que yo diría que si uno tuviera que elegir dos países latinoamericanos en los cuales se ha materializado la desregulación de derechos laborales más dura y más unilateralmente impuesta por el estado sin negociación con los trabajadores, fueron la experiencia de Pinochet en Chile a partir de los años 1978 y 1979 y la experiencia peruana a partir de los años 1990/1991, con los decretos legislativos que sustituyeron la legislación entonces vigente y que con retoques y con cambios rigen aún hoy.

Este modelo, que en algún momento calificué de desregulación salvaje, porque era impuesta unilateralmente por el estado y siempre a la baja de los derechos de los trabajadores, sin contrapartida, entiendo que está en crisis, por más que en el discurso economicista de algunos sectores todavía se mantiene y los vamos a seguir escuchando por algún tiempo, y van a seguir habiendo iniciativas legislativas inspiradas en esa concepción.

1. Desregulación y flexibilización de derechos laborales

¿En tal contexto cómo queda el modelo flexibilizador latinoamericano?

Quien mire las cosas con rigor científico y desapasionamiento ideológico, debe llegar a la conclusión inevitable, me parece, que ya hoy en día está demostrado que ese modelo fracasó. Fracasó si es que su finalidad era generar empleo. Si simplemente era concentrar la renta, esto es, trasladar recursos del sector trabajador al sector empleador, entonces sí fue exitoso. Pero si su objetivo era hacer eso para mejorar la situación de los trabajadores en su conjunto, en ese sentido ha sido un gran fracaso, por que si uno analiza la curva del empleo-desempleo de cada uno de los países donde hubo estas experiencias y analiza la fecha o las fechas en que se produjeron las desregulaciones laborales más fuertes, va a encontrar que el efecto no fue el querido, es decir, que a esa desregulación laboral no siguió un período sostenido del aumento del empleo. Es más, se comprueba lo contrario: que a partir de una desregulación fuerte, lo que generalmente ha habido es una disminución del empleo, esto es, un aumento del desempleo. Así sucedió en la Argentina, así sucedió en España, inclusive, en el caso español, hasta que el gobierno conservador del Partido Popular, allá por el año 1996 o 1997, dio marcha atrás en la tendencia flexibilizadora que el PSOE (Partido Socialista Obrero Español) había impuesto, para volver a una regulación laboral más rígida, más protectora de contratos de trabajo de larga duración, porque la experiencia de la desregulación o de la flexibilización no había dado los resultados queridos y estaba siendo contraproducente, incluso desde el punto de vista económico.

¿Hacia donde está yendo la tendencia, entonces?

Por todo lo dicho, pienso yo que más bien se va a dar una situación contraria a la desregulación en América Latina y van a empezar a aparecer intentos de reconstruir algún tipo de protección de la legislación del trabajo tradicional, sin perjuicio de las experiencias que siempre existieron durante estos últimos 20 años, que se resistían a esta pretensión flexibilizadora o desreguladora. Pero me parece que, al margen de eso, lo cierto es que hoy ya creo que está demostrado claramente desde el punto de vista científico que la flexibilización y la desregulación laboral no ha aumentado la inversión, no ha aumentado el empleo y ha sido un costo inútil que se ha impuesto a los trabajadores. Creo que sostener lo contrario ya sería simplemente una especie de radicalismo ideológico sin posibilidad alguna de demostración en la realidad.

Este discurso flexibilizador en muchos casos, y particularmente en el Perú, se ha sustentado en la hipótesis que los costos laborales tenían un impacto muy alto y negativo respecto de la competitividad de las empresas; por lo tanto, se consideró que abatiendo los costos laborales, nuestro país tendría muchas más posibilidades de viabilidad en el contexto de globalización y de confluencias regionales que se está dando en el mundo y en América. ¿Cuál es la situación actual de este modelo, que basa la competitividad en la reducción de los costos laborales fundamentalmente?

Sí; en realidad los argumentos que se han manejado a favor de este modelo flexibilizador son el desempleo, que ya mencioné, y los costos laborales, que todavía no había mencionado. El argumento adicional que introduces ahora es el que se sustenta en la siguiente afirmación: si un

trabajador le sale muy caro al empleador entonces hagamos que sea más barato, con lo que el precio del producto va a ser más bajo, y por consiguiente va a competir mejor en el mercado, siendo además, que si el trabajador resulta más barato y el producto es más competitivo, entonces el empleador va a contratar más trabajadores, generándose entonces, en teoría, más empleo.

Pero este argumento también ha fallado, por dos o tres lados. En primer lugar, el costo laboral fue reducido en América Latina, sin que por ello mejoraran la competitividad ni el empleo. Luego de 10 o 20 años de reducción del costo laboral, la verdad es que no se ha logrado, por esa vía, un aumento de la inversión, ni de la productividad, ni de la competitividad. Las mejoras que pudieron existir en ese campo, se han dado por otras razones.

Pero además de eso, hay que tener en cuenta que el costo laboral en América Latina es muy bajo. ¿Cómo medir el costo laboral?. Se puede medir en cada producto. Es decir, yo tengo acá una lapicera que cuesta 10 (no importa si soles, dólares, euros o pesos). Cuesta 10 y lo que hay que ver es, cuando yo pago 10 en un comercio, qué porción del precio va a cubrir salarios y cuánto va al empleador de esos 10 soles, pesos, dólares o euros, esto es, a los otros costos de producción, publicidad, marketing, reserva para futuras inversiones y lucro o ganancia del empresario.

Por una lapicera de estas producida en Europa, no hay duda que de los 10 pesos, dólares o euros que pago, entre 5 y 8 van a remunerar a los trabajadores y otros 5 ó 3 ó 2 se reparten en inversiones, impuestos, ganancias, etc. En América Latina es exactamente al revés: el costo laboral en esta parte del mundo es bajísimo, y por una lapicera por la cual yo pago 10 pesos, soles o euros, la verdad es que sólo entre 1 y 2 van a solventar el costo laboral y los restantes 8

ó 9 van para inversiones, para lucro del inversor, del empresario, publicidad, otros costos de producción, etc. Por lo que cualquier ahorro que se haga en un costo laboral que ya es muy bajo en América Latina (siempre por debajo del 30 % del costo de producción y probablemente entre el 10 y el 20%), cualquier ahorro que yo haga en esa pequeña proporción va a tener una repercusión muy baja. Es mucho más lógico desde el punto de vista económico procurar disminuciones donde hay más dinero para reducir: en esos otros 8 ó 9 que quedan y no en esos 1 ó 2 destinados al costo laboral o al salario.

En todo caso, la razón del artillero, en realidad, es otra: en la práctica, estas reducciones de costos laborales que sí se han dado en América Latina, no han aumentado la competitividad, la productividad, de manera notoria, ni han aumentado el empleo. Solo han reconcentrado el ingreso.

Pero todavía hay otro argumento: en definitiva la competencia sobre la base de costo laboral bajo es una competencia que no tiene mucho futuro económico, porque cada vez más la producción de punta, que es la más rendidora, depende de altas inversiones en tecnología y requiere de mano de obra cualificada para manejar esa tecnología de avanzada, y no se puede reducir mucho los costos laborales en este contexto, porque cuando tu necesitas un operador para manejar un equipo de audio moderno, cuando tu necesitas un mecánico para reparar o manejar un robot o una computadora, entonces ya no puedes tratar de competir sobre la base de salarios bajos sino que, por el contrario, tienes que competir sobre la base de mano de obra calificada, aunque sea cara. Más aún: Robert Reich, el ex Ministro de Trabajo del Presidente Clinton de los Estados Unidos, tiene un libro que se llama "El trabajo de las naciones", en el cual sostiene que el capital se ha vuelto absolutamente móvil, no sólo el capital

financiero, sino incluso el capital fijo, esto es, aquél que consiste en máquinas o plantas destinadas a la producción, y que por la transistorización, la pequeñez de los equipos, etc., es perfectamente fácil mover de un país a otro. No solo el capital financiero sino también ese capital fijo, tienen ahora una enorme movilidad. Se puede muy rápidamente y con poco costo desarmar una planta en un país e instalarla en otro.

Entonces, ¿adónde van a ir esos capitales de punta que explotan altas tecnologías? No irán a lugares donde la mano de obra sea barata, porque a esos capitales que manejan inversiones de punta no les importa tanto que la mano de obra sea muy barata, porque usan relativamente poca mano de obra altamente calificada. Entonces estos capitales van a buscar aquellas cosas que ellos no puedan llevar. Las cosas que no pueden llevar son dos: infraestructura, esto es carreteras, puentes, telecomunicaciones, etc. y mano de obra calificada, que esté en condiciones de manejar esa tecnología de punta que ellos producen o utilizan. Por lo cual, termina señalando Reich, un país que quiera atraer capitales hace mal negocio si trata de ahorrar en costo de mano de obra. Tiene que invertir, por el contrario, en infraestructura y en calificación de la mano de obra, dado que los capitales van a ir cada vez más, a donde encuentran buenas infraestructuras y mano de obra calificada.

Nos acaba de plantear un cuestionamiento serio, fáctico digamos, a partir de los datos de la propia realidad, del paradigma tan simple que ha sustentado la flexibilización, a partir de señalar que hay poco empleo o empleo de mala calidad y ello se debe a que el costo de la mano de obra es muy elevado, por lo que la medida directa era reducir éste para que crezca el

empleo y mejore su calidad. Situación que no se ha producido y sin embargo sí se ha producido la contraria. Además de ello, en la lógica de lo que plantea, que tiene que ver con la cualificación de la mano de obra, resulta que el modelo que basa la competitividad en los costos laborales (y lo dice un reciente estudio de la OIT) conlleva una altísima rotación de mano de obra en la empresa y una descualificación de la misma, a tal punto que hay cifras alarmantes en el porcentaje de descenso de la productividad de la mano de obra peruana a partir de la flexibilización. Entonces uno quedaría más o menos tentado a establecer el paradigma contrario. Si es que el tema de los costos no ha sido fundamental a la hora de redefinir la inserción o la redefinición del sistema productivo de un país en el contexto internacional, si nos encontramos con que sus efectos son perniciosos en ese sentido, insistir en este modelo puede ser a todas luces contraproducente, si uno mira con ojos no de cortísimo plazo sino con ojos de mediano y de largo plazo, lo que vendría a ser una política de Estado referida al trabajo, la productividad y su relación con las inversiones.

Sin duda. Si tú no miras las cosas con mentalidad de especulador que quiere invertir 1 hoy para mañana sin falta retirar 2, sin importarle que luego esa gallina de los huevos de oro desaparezca, y, por el contrario, tú miras las cosas ya no como un defensor de los derechos sociales, sino como un inversor con mentalidad racional de largo plazo, que prefiere no tener un huevo todos los días, sino tener tres huevos por semana, a condición de que la gallina siga viva y siga dando huevos, si tú eres ese tipo de inversor racional, vas a llegar a la conclusión a la que ya se llegó, por ejemplo, en España, de que es un pésimo negocio la

rotatividad que mencionabas y que hay que volver a la continuidad del trabajador en la empresa. Porque hoy es absolutamente necesario calificar a la mano de obra y también es absolutamente necesario para el buen manejo de la empresa que el trabajador se involucre con los objetivos de la misma. Y es absolutamente irracional pedirle a un empleador que invierta en calificación de un trabajador que sabe que dentro de 6 meses no va a estar en la empresa, como es igualmente irracional pretender que un trabajador que sabe que dentro de 6 meses ya no va a estar trabajando en la empresa, se involucre con los objetivos de ésta.

Para que el trabajador se involucre, “se ponga la camiseta de la empresa”, hay que darle la seguridad o por lo menos la expectativa de que tiene un largo horizonte en la empresa, que tiene seguridad de su puesto de trabajo; y para pedirle al empleador que invierta en la capacitación de ese trabajador debe tener la expectativa de que el mismo va a permanecer largo tiempo en la firma y que entonces vale la pena calificarlo porque los resultados de esa calificación los va a verter en beneficio de la empresa. Con lo cual, el paradigma deja de ser el modelo de contratos de corta duración, precarios, sin responsabilidad, pasando a la continuidad, ya que la permanencia del trabajador en la empresa alienta la inversión en su capacitación, lo que redundará en una mayor productividad, lo que finalmente vuelve más competitivo al tejido empresarial y, finalmente, al país.

Se trata, así, de generar un círculo virtuoso: la continuidad del trabajador alienta su capacitación e involucramiento; el hecho de que el trabajador esté capacitado, le permite ser polifuncional y adaptarse a los cambios que el mercado y las nuevas tecnologías introducen permanentemente. Si el trabajador se adapta a los cambios conserva el empleo,

dado que no va a ser despedido porque sus calificaciones ya no sirven para la nueva tecnología de la nueva producción. Esto genera permanencia o continuidad, la que a su vez permite una nueva capacitación, un nuevo involucramiento, una nueva adaptación, provocándose así ese círculo virtuoso de continuidad, capacitación, involucramiento, polifuncionalidad, adaptabilidad, continuidad, capacitación, etc. Ese es el nuevo paradigma.

Por lo tanto, estaríamos también asistiendo un poco al renacimiento del Estado y su papel regulador del mercado, porque la flexibilización inspirada en estas políticas liberales llevaba a poner el énfasis en que el mercado era el mejor instrumento de asignación de recursos y que por lo tanto el Estado tenía que retirarse. Gran parte de la justificación de la desregulación viene justamente por esta variable ideológica respecto del papel cada vez más reducido del Estado en el mercado. Ahora, visto ya no con la lógica del cortísimo plazo, sino con una lógica de interés público, evidentemente se requiere de una redefinición del papel del Estado en el campo del establecimiento de las reglas que justamente apunten a llevar adelante un modelo que tenga objetivos nacionales de mediano y largo plazo y no simplemente el corto plazo. Y para ello, el sentido de la legislación, que es parte de la actividad del Estado, debe cambiar, como sucedió en España, acabando con la posibilidad de contratos temporales y su alta rotación y más bien fomentando la contratación indefinida con beneficios económicos de carácter tributario o subsidios para que se pueda generar aquél círculo virtuoso.

Sí, aunque yo no hablaría de un renacimiento puro y simple del Estado, por dos razones. Primero, por que yo creo que es mentira que el Estado se retiró. El Estado siempre estuvo, o ¿quién hizo la desregulación de la legislación laboral? La hizo el Estado; lo que pasa es que teníamos un Estado que regulaba e intervenía para proteger a un actor, y, en determinado momento, por un cambio de los paradigmas ideológicos, económicos, etc. ese mismo Estado modificó la línea de su accionar y se convirtió en un Estado que derogaba las medidas que él había impuesto. Pero sin el poder de ese Estado, la desregulación no hubiera sido tan fácil tampoco. Me parece, en cambio, que sí se puede hablar de una revitalización del Estado, desde el punto de vista de un nuevo cambio de orientación. Pero no se trata de la mera restauración del Estado anterior, porque si bien la historia tiene un movimiento pendular, nunca vuelve al mismo punto en el que estaba, sino que va como zigzagueando. Entonces, hay un movimiento pendular ahora y lo va a haber en favor del Estado, pero no va a ser el mismo de hace 20 años. Es decir, que lo que se avizora en el futuro próximo no es menos Estado, como anunció la escuela económica neoliberal, sino que es más Estado. Pero no es el mismo que el precedente. De pronto es un Estado que actúa menos directamente, y lo hace más delineando un marco, fijando objetivos y a su vez estableciendo inducciones, incentivos para que los distintos actores se dirijan en esa dirección y no en otra. Y en ese campo, por ejemplo, parece fundamental, yendo a lo laboral, la promoción de la formación profesional, la promoción de la autonomía colectiva, la protección de determinados derechos básicos, etc.

Esta lógica es compartida por un sector importante del laboralismo y de los economistas. Sin embargo, en el

Perú se está insistiendo respecto del establecimiento de una regulación normativa diferenciada para micro y pequeñas empresas, en la que la distinción fundamental gira de nuevo en torno al tema de los costos laborales: salarios mínimos inferiores, recorte de vacaciones solo a 6 días y de otro tipo de beneficios laborales, insistiendo, al parecer, en un camino en el que el resto del entorno latinoamericano y el entorno latino en Europa parece demostrar que es errado. ¿Cómo aprecia el tema de esta dualidad de regímenes estableciendo menores beneficios para las micro y pequeñas empresas que son justamente una parte muy significativa de nuestro tejido empresarial.

Yo no tengo nada en contra de la pequeña empresa, pero tampoco tengo nada en contra de los trabajadores. Por consiguiente, si alguien quiere promover la pequeña empresa, yo no tengo ninguna objeción. Es probable que sea una buena estrategia de tipo económico promover la pequeña empresa, pero lo que no puede ser, es que se la promueva a expensas de los trabajadores, que se saque del bolsillo del trabajador para poner en el bolsillo del pequeño empresario. Si es que es necesario, conveniente o útil promover la micro y pequeña empresa, pues bien, que se lo haga, pero obviamente, no que sea a expensas de disminuir los derechos o los beneficios de los trabajadores que trabajan en esas unidades productivas, por dos razones.

En primer lugar, porque ya se le sacó bastante a los trabajadores, y no sólo en el Perú, sino en toda América Latina, para continuar reduciendo sus ingresos.

En segundo lugar, porque es probable que haya, como se dijo ayer en una reunión pública sobre el Proyecto de Ley General de Trabajo, una cierta mitología o mistificación de la

pequeña y mediana empresa. Es verdad que en algunos sectores la pequeña y mediana empresa es una unidad productiva de punta, agresiva, pero esa no requiere un tratamiento especial desde el punto de vista laboral. Es esa pequeña empresa del mundo de la informática, de la alta tecnología, que es altamente formalizada, con altos niveles de inversión y que utiliza personal altamente calificado. Pero junto a este tipo de micro y pequeña empresa, hay también algunas micro y pequeñas empresas que nutren al sector informal y que son fuente de bajos ingresos, malas condiciones de trabajo e inseguridad laboral. En países como los nuestros, tal vez la mayoría de las micro y pequeñas empresas pertenezcan a este segundo tipo, que no parece ser un paradigma a promover.

En tercer lugar –y tal vez esto sea lo más importante-, si es cierto –como generalmente se sostiene-, que en los países subdesarrollados la mayor parte de los trabajadores laboran en empresas o establecimientos pequeños, el rebajar las condiciones de trabajo y derechos laborales en ese sector, es una forma de derogar la legislación laboral general para la mayor parte de los trabajadores. Es probable que la pretensión de derogación general o de abatimiento masivo de la legislación laboral fuera políticamente insostenible en un régimen democrático. Entonces, se busca el camino indirecto de proponer un régimen “especial” de menor protección para las micro y pequeñas empresas. Pero el efecto real de esta medida será el de convertir en general a este nuevo sistema supuestamente excepcional: como la mayor parte de los trabajadores labora en pequeñas y medianas empresas, este régimen menos favorable será, estadísticamente, el verdadero régimen general, convirtiendo al hasta entonces régimen común, en el nuevo régimen excepcional de los trabajadores de las (relativamente pocas) grandes empresas. El paso siguiente,

en una escala descendiente, será la fragmentación de las grandes unidades, para “escapar” del ex régimen general, más costoso, y acceder, también, al nuevo paraíso laboral destinado a las pequeñas empresas. En los hechos, se habrá “derogado”, el régimen laboral común.

En síntesis. Honestamente yo no sé si hay que promover o no, a las pequeñas empresas. Sí sé que no hay que hacerlo a costa del régimen laboral.

2. La formación profesional del trabajador

En todo lo dicho, hay un elemento de singular importancia: la formación profesional del trabajador. Podría señalarnos ¿cuáles son sus alcances actualmente?

Efectivamente, estamos asistiendo al “descubrimiento” de la formación profesional por parte del Derecho del trabajo, de las relaciones laborales, de otras disciplinas ligadas al mundo del trabajo y por parte, también, de los políticas laborales y sociales.

Durante largo lapso, el sistema de formación profesional y el de relaciones laborales, si bien confluían en su ámbito de accionar (el mundo del trabajo, por decirlo con la mayor amplitud), casi que “se ignoraban olímpicamente”. “Cada uno en lo suyo”, no se molestaban, pero tampoco se atraían. Podría decirse que el único punto de contacto reconocido era el viejo contrato de aprendizaje. Pero en los último años, esto ha venido a cambiar radicalmente, y puede preverse que cambie aún más en el futuro.

Por una parte, para empezar (como corresponde en técnica jurídica) por las normas de mayor jerarquía y los valores superiores, el derecho a la formación profesional está reconocido como uno de los derechos humanos fundamentales, en la mayor parte de las Declaraciones y Pactos de derechos humanos, así como en algunas constituciones. Este derecho, como muchos de los derechos laborales y sociales, es exigible ante el Estado (por ejemplo, en lo relacionado con la formación inicial), pero también ante el empleador, en el marco de la relación de trabajo. El empleador es un deudor de capacitación, por ejemplo, cuando introduce un cambio tecnológico o cuando ejerce el *jus variandi* introduciendo una modificación en las tareas del trabajador, que requiera de una nueva capacidad técnica para su ejecución. Por lo demás, esa “obligación de formar a cargo del empleador”, obligación del contrato de trabajo, se vuelve cada vez más importante y de continua o reiterada aplicación, habida cuenta del cambio tecnológico constante, que lleva a que el “ciclo de vida” de producto, de la tecnología usada para su producción y por tanto, de la capacitación necesaria para trabajar en él y con ella, caduquen muy rápidamente (cada tres años, se calcula actualmente). La formación continua durante el trabajo se vuelve esencial, para mantener el trabajo y para acceder a alguna promoción, pero también para garantizar cierta productividad.

Y aquí aparece la otra punta de la madeja. La otra cara de la moneda. Porque también hay un interés empresario en la capacitación, ya que ella es fuente – cada vez más esencial– de productividad y competitividad. La inversión en capacitación es cada vez más necesaria para la competitividad.

A la vez, el tercer aspecto relevante de este “flirteo” entre Derecho del trabajo y formación profesional: el referido

interés convergente de empleador y de trabajador en la formación profesional hace, por otro lado, que ella se vuelva un campo fértil para la negociación colectiva y la participación. Más aún, como el de la capacitación es, en sí mismo, un tema menos conflictivo *a priori*, que otros temas tradicionales de negociación (salario, jornada, derechos sindicales), es probable que ella sirva para iniciar o desbloquear negociaciones colectivas trabadas en torno a las materias tradicionales.

En cuarto lugar, estas mismas circunstancias están desarrollando un vínculo fuerte entre formación profesional y seguridad social, en especial en relación con el seguro de desempleo. Allí donde existe, el seguro de paro se complementa cada vez más con la recapitación del trabajador desocupado, tendiente a su recolocación. En nuestro continente pueden citarse el ejemplo brasileño, cuya legislación prevé una suspensión del contrato de trabajo para capacitación del trabajador, que cobra un subsidio mientras se recapita para luego reincorporarse, así como el uruguayo, en el cual se combina una extensión del lapso de cobertura del seguro de desempleo con la asistencia del trabajador a cursos de capacitación.

Finalmente, la perspectiva del “fin del trabajo”, que en verdad es la de la inevitable reducción del tiempo de trabajo por obra de la paulatina sustitución de mano de obra por tecnología, ha permitido suponer que en el futuro se irá requiriendo menos mano de obra, pero que a la vez, la mano de obra requerida será cada vez más calificada y más frecuentemente recalificada, por obra del constante y acelerado cambio tecnológico. Esto determinará que haya menos tiempo de trabajo y que se necesite más tiempo de capacitación. Resultado, según algunas previsiones: la relación de trabajo del futuro lo será “de trabajo y formación”, según la formulación de Supiot, alternando

lapsos de trabajo efectivo con lapsos de capacitación, con lo cual, en palabras ahora del Informe Boissonnat, la formación se consolidará definitivamente como un elemento esencial de la relación individual de trabajo.