

SOBRE LA REGULACIÓN LABORAL
UN ENSAYO DE 'DERECHO Y ECONOMÍA'

*Comunicación del académico de número Rodolfo Díaz,
en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 27 de noviembre de 2019*

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de dicha publicación, ni la de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas
Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049 (1014)
Buenos Aires - República Argentina
www.ancmyp.org.ar
ancmyp@ancmyp.org.ar

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2019 / 2020**

Presidente..... Académica Lic. Marita CARBALLO
Vicepresidente .. Académico Dr. Horacio JAUNARENA
Secretario Académico Dr. Santiago KOVADLOFF
Tesorero Académico Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI
Prosecretario ... Académico Ing. Manuel A. SOLANET
Protesorero.... Académico Dr. Ricardo LÓPEZ MURPHY

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE.....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA.....	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA.....	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTL.....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Gregorio BADENI.....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ.....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO.....	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA.....	14-09-05	Félix Frías

Dr. Rosendo FRAGA.....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET.....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO.....	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ.....	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF.....	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT.....	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE.....	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. Marita CARBALLO.....	26-10-11	Roque Sáenz
Peña Dr. Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO	12-12-12	José de San Martín
Monseñor Héctor AGUER.....	10-09-14	Ángel Gallardo
Dr. Horacio JAUNARENA.....	10-09-14	Mariano Moreno
Dr. Luis Alberto ROMERO	10-09-14	Nicolás Avellaneda
Dr. Marcos AGUINIS	24-08-16	Benjamín Gorostiaga
Dr. Ricardo LÓPEZ MURPHY	24-08-16	Miguel de Andrea
Dr. Norberto PADILLA.....	24-08-18	José Manuel de Estrada
Dr. Carlos Rosenkrantz.....	09-10-19	Manuel Belgrano
Lic. María Saénz Quesada.....	09-10-19	Justo José de Urquiza
Dr. Julián A. de Diego.....	09-10-19	José María Paz

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Dr. Leonardo MC LEAN

SOBRE LA REGULACIÓN LABORAL

UN ENSAYO DE ‘DERECHO Y ECONOMÍA’

Por el académico DR. RODOLFO DÍAZ

- I -

La Cuestión

1. La Argentina es un país grande y despoblado. Con 2.791.000 km²¹, es el 8° por extensión geográfica; con 44.938.712 habitantes², el 31° por magnitud de la población y con 16 h/K², el 212 por densidad demográfica³. Por PBI (PPA) es el 28° y por PBI per cápita el 61°. Por inflación es el 3°, con 54.7% y por Desempleo, con el 10.6% está en el puesto 116°, arriba de países como India, Puerto Rico o el promedio de la Unión Europea, pero debajo de Vietnam, Bolivia, Chile o Brasil⁴.

Existen datos históricos del desempleo en Argentina, aunque para hacerlos comparables en largos períodos de tiempo requieren ajustes que no siempre están disponibles. Con esa

¹INSTITUTO GEOGRÁFICO NACIONAL;
<http://www.ign.gov.ar/NuestrasActividades/Geografia/DatosArgentina/Poblacion2>

²INDEC: Población; Proyección 2019; <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel3-Tema-2-24>

³Wikipedia

⁴Wikipedia

salvedad, pueden señalarse algunos índices de desempleo: en 1914 era de 13.7, en 1918 llega a 19.4 para descender en 1920 a 7.2. La década del 70 muestra los valores más bajos de toda la serie con 6.2 en 1971, 3.6 en 1975 y 2.5 en 1979. A partir de 1983 el índice de desempleo comienza a aumentar paulatinamente-en armonía con el mismo fenómeno que se observa a nivel mundial- llegando a 6.1 en 1985 y a 7.6 en 1989. En 1991 se registra 6.4 y 1992, 6.9. En 1993 subió a 9.3, en 1995 a 17.5, bajando en 1998 a 12.9, para alcanzar en 2002 y 2003 el 22.6⁵. En 2013 baja a 6.4%, para subir a 9.6 en 2016.

La serie normalizada del INDEC basada en la EPH muestra una evolución similar, como se presenta en la Tabla I⁶ y el Gráfico I⁷, siguientes. La última medición, al momento en que esto se escribe, llegó a 10.6%: 2.281.054 personas sin trabajo, que lo buscan y no lo consiguen (1.438.000 para la muestra).

⁵ FERRERES, Orlando J.: Dos siglos de economía argentina. El Ateneo, Bs.As. (2010) p.586/587

⁶Elaboración propia sobre datos INDEC-EPH.

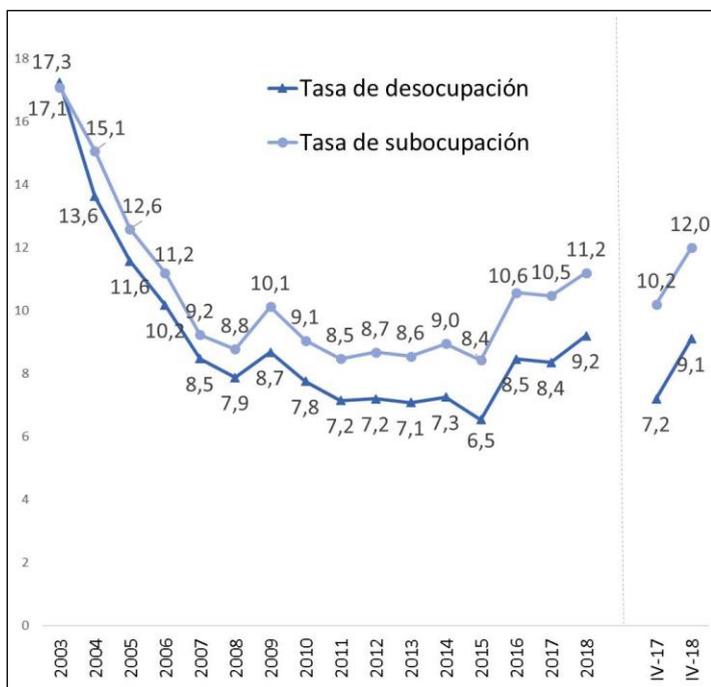
⁷CIFRA-CTA: Informe sobre la situación del Mercado de Trabajo N° 3, Mayo 2019, p. 5.

Tabla I
INDEC-EPH
Índice de Desempleo Abierto
2003-2019

Año		
2003	I	20,4
	II	17,8
	III	16,3
	IV	14,5
2004	I	14,4
	II	14,8
	III	13,2
2005	IV	12,1
	I	13,0
	II	12,1
2006	III	11,1
	IV	10,1
	I	11,4
2007	II	10,4
	III	10,2
	IV	8,7
2008	I	9,8
	II	8,5
	III	8,1
2009	IV	7,5
	I	8,4
	II	8,0
2010	III	7,8
	IV	7,3
	I	8,4
2011	II	8,8
	III	9,1
	IV	8,4
2012	I	8,3
	II	7,9
	III	7,5
2013	IV	7,3
	I	7,4
	II	7,3

2014	III	7,2
	IV	6,7
	I	7,1
	II	7,2
2015	III	7,6
	IV	6,9
	I	7,9
2016	II	7,2
	III	6,8
	IV	6,4
2017	I	7,1
	II	7,5
	III	7,5
2018	IV	6,9
	I	7,1
	II	
2019	III	
	IV	
	I	
2020	II	9,3
	III	8,5
	IV	7,6
	I	9,2
2021	II	8,7
	III	8,3
	IV	7,2
2022	I	9,1
	II	9,6
	III	9,0
2023	IV	9,1
	I	10,1
	II	10,6
2024	III	
	IV	

Gráfico I
INDEC-EPH
Tasa de Desocupación y Tasa de Subocupación
2003-2018



Fuente: CIFRA-CTA, en base a EPH (INDEC)

2. En el debate público sobre el desempleo, en general tiende a culparse a ‘la política económica’ sin mayores precisiones. En el debate técnico en cambio, la referencia explicativa dominante es la regulación laboral vigente, a la que se considera-entre otras cosas- inflexible, desactualizada y contraproducente: “Nuestro modelo de relaciones laborales y el marco regulatorio -dice un conocido experto- son arcaicos y las reformas lo retrogradaron de modo tal que en más de un 80% entraron en desuso, preanunciando

a su decadencia terminal”⁸; y enfatiza en otro lugar: “Nuestro modelo laboral expulsa trabajadores”⁹.

La Fundación Libertad y Progreso-un think tank local, ligado a entidades internacionales como la Friedrich Naumann Stiftung, la Heritage Foundation y el Cato Institute¹⁰-sostiene transparentemente el argumento: “El crecimiento del empleo-comienza-depende fundamentalmente de la inversión en activos productivos”¹¹. “La Legislación del Trabajo y las regulaciones laborales de la Argentina -argumenta- son actualmente uno de los factores negativos que afectan la inversión y la competitividad”¹². Y recomienda: “Deberán suprimirse o modificarse las normas laborales que desalientan la inversión productiva”¹³; “Porque si esto no sucede -concluye- implica finalmente una menor creación de empleo”¹⁴.

Otro think tank importante en la Argentina, la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL) -fundada por las centrales empresarias argentinas y financiada por las grandes compañías¹⁵- razona en el mismo sentido. Su director-y principal experto en economía laboral-dice: “la Argentina tiene una regulación laboral, un sistema, que la lleva a tener alto

⁸ DE DIEGO, Julián: De Diego y Asociados Abogados, página web, 11.6.19

⁹ DE DIEGO, Julián: De Diego y Asociados Abogados, página web, 1.3.19

¹⁰ www.libertadyprogresonline.org/nosotros/alianzas

¹¹ Fundación Libertad y Progreso: “Las Reformas Necesarias para Crecer en Libertad-2019”; versión Online. Capítulo 4: La Reforma Laboral”, p.71

¹²Ibidem.

¹³Ibidem.

¹⁴Ibidem.

¹⁵<http://www.fiel.org/acercade>

desempleo”¹⁶. Y en un trabajo formal y de mayor aliento, FIEL sostiene: “en la Argentina prevalece un inapropiado diseño institucional en el Mercado Laboral, que tiene un impacto significativo sobre el mercado de trabajo en varias dimensiones: Bajo condiciones generales, el efecto de las instituciones existentes es inequívoco: reducen el empleo y los salarios de equilibrio, y en situación de desequilibrio, la regulación implica que el nivel de ajuste de algunas variables (por ejemplo el desempleo) se encuentra exacerbado”¹⁷.

3. Esta comunicación analiza críticamente esa perspectiva de la cuestión a través de una amplia revisión de la literatura disponible, profusamente citada entre comillas y puntualmente referida en notas bibliográficas al pie; la traducción al español es en todos los casos propia. El análisis replantea la hipótesis causal, indagando si efectivamente el desempleo es producto de determinado tipo de regulación laboral, y replantea también la propuesta que se sigue de esa perspectiva, preguntándose si efectivamente la solución del desempleo es la desregulación laboral.

Luego de haber presentado en esta sección I la cuestión en tratamiento y las características generales de esta Comunicación, en la sección II reseñaremos la economía de la regulación laboral; su impacto tanto desde el punto de vista de la ciencia económica convencional como de la economía institucional; referiremos el tratamiento de la cuestión por la OECD y el Banco Mundial, y nos detendremos críticamente en la dicotomía “flexibilidad/rigidez”. En la sección III abordaremos la regulación laboral desde la perspectiva de “Law and Economics”; presentamos una breve caracterización de la disciplina en sus dos variantes, el ‘Análisis Económico del Derecho’ y ‘Derecho y Economía’, para luego desarrollar con cierta extensión cada una de ellas, considerando también la influencia de las tradiciones jurídicas (Common law y Derecho Civil) así como la de otros factores en la selección

¹⁶ BOUR, Juan Luis: Reportaje de Daniel Sticco; Infobae 9.6.19

¹⁷ FIEL: El Empleo en la Argentina, Buenos Aires, (1997); Parte IV, p.291

institucional del tipo de regulación. La sección IV trata la Leximétrica de la regulación laboral; se explica brevemente esta técnica de cuantificación y comparación de contenidos normativos, su base teórica, la elaboración de indicadores e índices de que se vale y los modelos más conocidos de su aplicación a la regulación laboral: el EPL de la OECD, el de Botero, Djankov, La Porta, López de Silanes y Schliefer, *Employing Workers* del Banco Mundial y el CBR-LRI de la Universidad de Cambridge. En la sección V se presenta la información cuantitativa relevante en Tablas y Rankings. La sección VI resume las conclusiones, señalando cuáles hipótesis sobre los efectos de las regulaciones laborales sobre el desempleo se verifican y cuáles no, según surge de los datos presentados.

4. El trabajo que aquí se expone no es en contra de la reforma laboral; por difícil o políticamente costosa que pueda parecer, muchos factores parecen indicar que debe avanzarse en ese sentido. La cuestión no es reforma sí/reforma no, sino cuáles reformas y porqué. Propuestas técnicamente fundamentadas hay muy pocas y debate técnico que respete los estándares académicos no hay ninguno. Este trabajo pretende ser una contribución en ese sentido.

Por si resulta necesario, traigo a colación que quien esto escribe, siendo Ministro de Trabajo de la Nación propuso y logró - luego de 22 meses de negociaciones en el Congreso- la sanción de la primera Reforma Laboral amplia, que abarcaba los temas principales, entre ellos: Regularización del empleo no registrado, Nuevas modalidades de contratación, Seguro de desempleo, Políticas activas de empleo, etc. Fue resistida, criticada, modificada parcialmente, y finalmente derogada en sus aspectos centrales. Pero han pasado 30 años y no ha habido otra.

- II-

Economía de la Regulación Laboral

5. La economía convencional ha sido tradicionalmente hostil a la regulación laboral; desde diversas perspectivas ha

coincido en que “la solución a la rigidez causada por la legislación laboral está en la desregulación, la remoción de toda o parte de la legislación del estado de bienestar y el aliento a la flexibilidad laboral”¹⁸. Tanto la OECD en los 90s como el Banco Mundial en los 2000 insistieron en la desregulación para flexibilizar el mercado laboral, asumiendo que ella llevaría a una mayor creación de puestos de trabajo. La literatura señala que si bien es cierto que “La teoría económica basada en modelos de equilibrio general da amplio sustento a esta posición”¹⁹, no es menos cierto que “la evidencia empírica ha sido mucho más equívoca”²⁰. Una amplia variedad de estudios empíricos muestra que esos “supuestos efectos negativos de las leyes laborales, o son muy pequeños o simplemente no existen”²¹. Veamos dos ejemplos: Un extensivo estudio a nivel subcontinental -que incluye la Argentina- señala: “Contrariamente a estimaciones previas, hemos encontrado poca evidencia de una relación sistemática entre preaviso e indemnización por despido con el empleo o el desempleo”²². Y la misma OECD en 2004, después de una década de intensas investigaciones, advierte que “la evidencia del rol desempeñado por la regulación protectora (EPL) en el empleo agregado, sigue siendo mezclada”²³.

¹⁸ DEAKIN, Simon and WILKINSON, Frank: Labor Law and economic theory. A re-approval. ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge. Working Paper N° 92(1998), p.1.

¹⁹ DEAKIN, Simon; MALMBERG, Jonas and SARKAR, Prabirjit: How do Labour Laws affect unemployment and the labor share of national income. The experience of six OECD countries, 1970-2010. International Labour Review Vol. 153 (2014), N° 1, p.1.

²⁰Ibidem.

²¹Ibidem.

²²HECKMAN, James and PAGÉS, Carmen: Law and Employment: Lessons from Latin America and The Caribbean. National Bureau of Economic Research. Working Paper 10129; <http://www.nationalbureauofeconomicresearch.org/papers/w10129>; December 2003; p.69.

²³SANTOS, Alvaro: Labor Flexibility, Legal reform and Economic Development”. Virginia journal of International Law, Vol.50, (2009), p.53

6. Buena parte de los investigadores ha coincidido en la necesidad de “una reevaluación de los modelos basados en el supuesto del equilibrio general para el mercado de trabajo”²⁴, abriendo un campo analítico sobre los efectos de la regulación laboral en el empleo que plantea hipótesis nuevas y no tan nuevas. Por ejemplo, se ha sostenido que una visión sofisticada del contrato de trabajo muestra que, con “información asimétrica, la negociación privada no necesariamente produce resultados óptimos”²⁵; además, que en situaciones de intercambio reiterado y largo plazo, la regulación laboral puede producir efectos positivos²⁶. Esta visión -se ha dicho- “Sería consistente con la perspectiva de Coase, de que no hay razón para que, en ocasiones, la regulación administrativa gubernamental no deba conducir a un aumento de la eficiencia económica”²⁷. Se ha argumentado también, que desde la perspectiva de la economía política la legislación laboral es “producto de condiciones macroeconómicas, configuraciones de grupos de interés y estructuras jurídico-políticas propias de contextos nacionales determinados”²⁸. “De allí -sigue el argumento- que las leyes laborales son, al menos en parte, endógenas al sistema económico y político en el que operan”²⁹. Y de esa característica estructural se deriva otra, tanto o más importante: “Las reglas legales no operan de modo directamente

²⁴DEAKIN, MALMBERG, and SARKAR; Op. cit.,p.2

²⁵ DEAKIN, Simon and WILKINSON, Frank: Labor Law and economic theory. A re-approval. ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge. Working Paper N° 92,(1998), p.1

²⁶ DEAKIN and WILKINSON, Op.cit.,p.2

²⁷ DEAKIN and WILKINSON, Op.cit.,p.2 (con cita de Coase, R: The Problem of Social Cost; *The Journal of Law and Economics*, Vol. III, October 1960, p.101)

²⁸ DEAKIN, MALMBERG, and SARKAR; Op. cit.,p.1

²⁹ DEAKIN, Simon and SARKAR, Prabirjit: Assesing the long-run economic impact of Labour Law systems. Centre for Business Research, University of Cambridge; Working Paper N° 367, (2008); p.1

instrumental para determinar resultados económicos”³⁰; y tampoco “operan aisladamente sobre las relaciones de intercambio”, sino “interactuando con mecanismos complementarios que introducen un elemento de impredecibilidad en su funcionamiento”³¹.

Por estas razones, “los cambios en las instituciones de la legislación laboral pueden no tener los efectos predichos por los modelos ortodoxos de oferta y demanda”³². De allí es que los autores que vengo citando concluyen que “el tema regulación vs. desregulación no puede ser decidido a priori y requiere un análisis empírico de las fuentes de los costos de transacción”³³.

7. Académicamente no se discute que, en lo que hace a los resultados económicos -y de modo especial en lo que hace al mercado laboral- el marco jurídico es relevante. “La ley importa”³⁴; o -para usar la muy citada frase del premio Nobel Douglass North- “Las instituciones importan”³⁵. Es generalmente aceptado que “las instituciones tienen una importancia decisiva en determinar cómo funciona el mercado laboral”³⁶. “Lo que se debate es ‘cómo’ importan”³⁷. La respuesta a esa pregunta se ha desarrollado en una secuencia argumental bien conocida: “El punto de partida -se indica- es entender las instituciones como mecanismos para

³⁰ DEAKIN and SAKAR: Op. Cit., p.1

³¹ DEAKIN and SAKAR: Op. Cit., p.21

³² DEAKIN and SAKAR: Op. Cit., P.2

³³ DEAKIN and WILKINSON, Op.cit., p.2

³⁴SANTOS, A.: Op. Cit. p. 47

³⁵ NORTH, Douglass: Institutions, Institutional Change and Economic Performance. Cambridge University Press, New York (1990), p. 12

³⁶GOLPE, Antonio; MILLÁN, José M.; ROMÁN, Concepción: Labor Market Institutions and self-employment. Research Gate (2008); p.6

³⁷ SANTOS, A.: Op. Cit. p. 47

coordinar las expectativas de los actores”³⁸; “Ponen restricciones al comportamiento individual de los actores del mercado -continúa el razonamiento- guiándolos en determinado sentido”³⁹. Y agrega: “Sabemos que las instituciones del mercado laboral crean costos e incentivos que afectan el comportamiento”⁴⁰. Y a continuación se pregunta: “¿Qué sabemos sobre su impacto en la creación de empleo y sobre el crecimiento económico?”⁴¹; y la respuesta que encuentra es muy relevante para la materia de esta comunicación: “A juzgar por el estado del debate, sabemos menos de lo que podríamos pensar”⁴².

Las distintas posiciones en el debate sobre las instituciones de la legislación laboral han sido presentadas en una tipología⁴³ de tres variantes: ‘Distorsionismo’, que ve las instituciones laborales como interferencias en un mercado en equilibrio competitivo ideal; ‘Coaseano’, que ve las instituciones como mecanismos de negociación eficiente en el que las pérdidas de eficiencia se compensan naturalmente; e ‘Información eficiente’, que ve que las instituciones mejoran la información en la firma, que así produce mejores decisiones. “En suma -se concluye- hay argumentos que las instituciones reducen la eficiencia, que no afectan la eficiencia o que aumentan la eficiencia”⁴⁴.

8. La estructura teórica de la crítica de la economía convencional a la regulación laboral -que el Banco Mundial resume

³⁸ DEAKIN and SARKAR, Op.cit. p.3

³⁹GOLPE et al.: Op. cit., p.6

⁴⁰ SANTOS, A.: Op. Cit. p. 47

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

⁴³ FREEMAN, Richard B.: Labor regulations, Unions and Social Protection in developing countries: Market distortions or efficient institutions? NBER, 29.Op. Cit., p.11

⁴⁴Ibidem

cuando dice que “las leyes creadas para proteger a los trabajadores con frecuencia los perjudican”⁴⁵- se basa “en la asunción que el mercado de trabajo está en un equilibrio único antes de la intervención de la ley”⁴⁶; y no sólo eso, sino que presume que ese equilibrio asumido -sin el distorsionante impacto de la regulación- “está en un punto de ‘pleno empleo’, indicado por el hecho de la igualdad entre la demanda y la oferta de trabajo”⁴⁷. De allí que, según la economía convencional, “el desempleo involuntario persistente es una imposibilidad lógica”⁴⁸. A pesar de que esta conclusión impresiona como contra fáctica, la economía convencional argumenta en ese sentido, y el artículo que vengo citando trae un ejemplo que califica ‘de manual’, sobre el supuesto efecto de la regulación del salario mínimo: “asumiendo que el mercado está en un estado previo de equilibrio -dice- un piso salarial obligatorio aumenta artificialmente el salario de reserva de los trabajadores, llevando a una demanda deprimida por parte de los empleadores y por tanto a reducir el empleo. Cualquier efecto de equidad logrado a través de la protección del salario para algunos trabajadores -agrega- es compensado por desempleo para otros”⁴⁹. No obstante, no se dejó de advertir que “Un modelo de legislación laboral empíricamente asentado, necesita tomar distancia de la noción de que las reglas protectivas de los trabajadores operan en una situación de equilibrio único eficiente; el efecto se parece a una selección entre un rango de posibles equilibrios”⁵⁰.

⁴⁵ DEAKIN, MALMBERG and SARKAR: Op.cit. p.3, con cita de World Bank, Doing Business 2008, p. 19

⁴⁶ DEAKIN, MALMBERG and SARKAR: Op.cit. p.3

⁴⁷KAUFMAN, Bruce: Labor law and employment regulation: neoclassical and institutional perspectives,*Encyclopedia of Law and Economics*, Second Edition; Guerrit De Geest, Ed.; Vol.2 (2008).

⁴⁸ KAUFMAN, B: Op. Cit

⁴⁹ DEAKIN, MALMBERG and SARKAR: Op.cit. p.3

⁵⁰ DEAKIN, MALMBERG and SARKAR: Op.cit. p.5

La crítica de la economía convencional a la regulación laboral asume, además del primer supuesto que “el mercado laboral, en ausencia de interferencias legales, opera de modo auto-equilibrante”⁵¹, un segundo supuesto: “que las instituciones legales son exógenas al proceso de formación y operación del mercado”⁵², “que las leyes laborales operan como interferencias externas a las relaciones de mercado”⁵³. Otros enfoques objetan esta visión como una simplificación. Desde la perspectiva de la economía política, la legislación laboral es “producto de condiciones macroeconómicas, configuraciones de grupos de interés y estructuras jurídico-políticas propias de contextos nacionales determinados”⁵⁴. Ello así, porque se reconoce que “Las instituciones básicas de la legislación laboral -incluyendo las leyes de negociación colectiva, los esquemas de seguro de desempleo, el salario mínimo y la legislación de protección del empleo- están basadas en gran medida en modelos desarrollados primero a nivel de industrias determinadas o empresas o en ciertas localidades”⁵⁵; por ello, “son vistas como endógenamente generadas por una combinación de fuerzas económicas y políticas”⁵⁶. La endogeneidad apuntada, surge de que “La ley no simplemente impone expectativas normativas de comportamiento desde afuera; también, hasta cierto grado, cristaliza prácticas sociales extraídas de la experiencia de los actores”⁵⁷.

⁵¹ DEAKIN and SARKAR: Op.cit. p.2

⁵²Ibidem

⁵³Ibidem.

⁵⁴ DEAKIN and SARKAR: Op. Cit. p..1

⁵⁵ DEAKIN and SARKAR: Op. Cit. p.3

⁵⁶Ibidem.

⁵⁷Ibidem.

9. Un tercer supuesto que está presente en la crítica de la economía convencional a la regulación laboral es que las transacciones del mercado laboral tienen ‘costo cero’, porque “la teoría de los precios neoclásica asume que el intercambio de mercado funciona con costo cero”⁵⁸. Pero este supuesto perdió plausibilidad luego del descubrimiento de los ‘costos de transacción’ por Ronald Coase. “En el verano de 1932 -dice el Premio Nobel de Economía de 1991- me di cuenta de que había costos por usar el mecanismo de precios”⁵⁹. Y continúa: “Los precios había que descubrirlos. Había que llevar a cabo negociaciones, escribir contratos, hacer inspecciones, llegar a acuerdos para resolver disputas, y demás. Estos costos se denominaron ‘costos de transacción’”. Y concluye: “Su existencia implica que hay métodos de coordinación alternativos al mercado que -aunque son costosos y en sí mismos imperfectos- pueden sin embargo ser preferibles a confiar en el mecanismo de precios, el único método de coordinación normalmente analizado por los economistas”⁶⁰.

Los ‘costos de transacción’ pueden ser definidos en sentido estricto como “los costos de escribir, ejecutar y controlar los contratos”⁶¹, aunque en sentido amplio se entiende que “incluyen los costos de la escasez de información, del oportunismo y de la racionalidad limitada de los agentes económicos”⁶². Sobre esa base Stigler formula el ‘Teorema de Coase’, que “asume un mundo hipotético de ‘costos de transacción cero’”⁶³; en ese mundo

⁵⁸ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

⁵⁹COASE, Ronald H.: Nobel Prize Lecture, December 9, 1991, p. <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/lecture>

⁶⁰Ibidem

⁶¹ DEAKIN and WILKINSON; Op. Cit., p.7

⁶²Ibidem

⁶³ DEAKIN and WILKINSON; Op.cit., p.6

hipotético, “el mercado es siempre lo más eficiente”⁶⁴, y “la riqueza de la sociedad es maximizada con independencia de la asignación de derechos”⁶⁵. Pero ése no es el único corolario hipotético: el mismo Coase advierte que “En ausencia de costos de transacción no hay base económica para la existencia de la firma”⁶⁶, ya que esa racionalidad hipotética desarticula verticalmente las firmas hasta que toda transacción es entre individuos; en consecuencia, tampoco habría base económica para las relaciones laborales. En efecto; en un mundo de costos de transacción cero, no habría empresas, ni empleados, ni relaciones laborales.

Pero el supuesto del Teorema de Coase es meramente hipotético y a los efectos prácticos no tiene relevancia; su importancia radica “en su aplicación al mundo real en el que los costos de transacción no son despreciables”⁶⁷. Se ha señalado que en un mundo de ‘costos de transacción’ positivos, “el modelo de competencia perfecta tiene una contradicción interna que desafía su coherencia lógica; esta contradicción lógica aparece cuando se consideran las consecuencias de los costos de transacción; la lógica de costos de transacción positivos implica que un mercado de trabajo perfectamente competitivo no puede existir ni en el plano de la teoría”⁶⁸. Y el autor en cita agrega: “Esta conclusión significa que los mercados de trabajo son siempre y en todas partes imperfectos, y que una relación de empleo solo existe cuando hay una falla de mercado”⁶⁹.

10. La Regulación Laboral es un fenómeno universal. “Todos los países del mundo -se ha dicho- han establecido un

⁶⁴ KAUFMAN, B: Op. Cit.

⁶⁵ DEAKIN and WILKINSON; Op.cit., p.6

⁶⁶ KAUFMAN, B: Op. Cit.

⁶⁷ DEAKIN and WILKINSON; Op. Cit., p.7

⁶⁸ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

⁶⁹Ibidem

complejo sistema de leyes e instituciones dirigidas a proteger los intereses de los trabajadores y garantizar un mínimo estándar de vida a su población”⁷⁰; en general, “comprende tres conjuntos legales: de empleo, de relaciones industriales y de seguridad social”⁷¹. De estos tres conjuntos regulatorios, el que ‘tipifica’ más característicamente la materia como “institución básica del mercado laboral”⁷², es la legislación protectora del empleo, que en la literatura internacional se denomina Employment Protection Legislation y se designa generalmente por su acrónimo EPL. Según la define la OECD, “la protección del empleo se refiere a las regulaciones sobre contratación y despido”⁷³. La tabla siguiente muestra los criterios que usa el Banco Mundial para calificar el nivel de protección de los países⁷⁴.

Tabla II
BANCO MUNDIAL
Nivel de Protección del Empleo

PROTECCIÓN DEL EMPLEO	
Estricto o Protectorio	Flexible o no regulado
Contratación Temporal Restringida	Contratación Temporal irrestricta
Empleo Temporal vía Agencias (restringido)	Empleo Temporal vía agencia (irrestricta)
Reglas de Contratación	No hay reglas de contratación
Derechos de despido del empleador, restringidos	Derecho de despido del empleador, irrestricto
Indemnización por despido alta. Preaviso	No hay indemnización por despido ni preaviso
Requisitos administrativos para el despido	Procedimiento administrativo simple

⁷⁰ BOTERO, Juan; Djankon, Simeon; LA PORTA, Rafael; LÓPEZ DE SILANTES, Florencio and SHLIEFER, Andrei: The Regulation of Labor; NBER, Working Paper N° 9756 82003), p.2

⁷¹ Ibidem

⁷² GOLPE et al: Op. Cit., p 10

⁷³ GOLPE et al: Op. Cit., p.9

⁷⁴ GOLPE et al: Op. Cit. p.9, Nota 6

La observación indica que, más allá de la universalidad señalada, el tipo y la extensión de los sistemas regulatorios varían en los distintos sistemas nacionales. Para explicar esas variaciones se mencionan “tres principales teorías de elección institucional”⁷⁵: la ‘teoría de la eficiencia’, la ‘teoría del poder político’ y la ‘teoría del origen legal’. Según la teoría de la eficiencia “cada sociedad elige un sistema de control social de los negocios que combina óptimamente fuerzas de mercado, resolución judicial de disputas, regulación gubernamental y correcciones por impuestos y subsidios”⁷⁶.

Según la teoría del poder político, en cambio, “las instituciones son configuradas por quienes están en el poder en su propio beneficio a expensas de los que están fuera del poder”⁷⁷, señalándose dos variantes: la electoral, a través de elecciones y partidos políticos; y la de grupos de interés, a través de sindicatos y asociaciones de empleadores⁷⁸. Se entiende que “La legislación laboral no es el resultado de un proceso desinteresado puramente tecnocrático; por sus consecuencias redistributivas, reflejan el poder y la influencia de los grupos de interés; soluciones que funcionan para algunos grupos normalmente implican pérdidas para otros”⁷⁹; y se señala que el proceso de formulación legislativa excede largamente la sola negociación entre grupos de interés y que el tipo de instituciones políticas influye en la selección institucional del tipo de regulación laboral⁸⁰.

⁷⁵ BOTERO et al: Op. Cit., p.2

⁷⁶Ibidem

⁷⁷Ibidem

⁷⁸ BOTERO et al: Op. Cit.,p.7

⁷⁹ DEAKIN and SARKAR, Op. Cit., p.4

⁸⁰ DEAKIN and SARKAR: Op. Cit., p.5

Según la teoría del origen legal, por último, “el enfoque de un país de la regulación es configurado por su tradición legal”⁸¹. “Los países de Common Law y los de Derecho Civil -se argumenta- utilizan diferentes estrategias para resolver las fallas de mercado: los primeros confiando en contratos y litigios privados, y los últimos confiando en la supervisión directa de los mercados por el gobierno”⁸². La teoría del origen legal “asigna un rol importante al trasplante de normas legales como fuente de ‘path dependence’ en las instituciones”⁸³; aquí, la legislación funciona como vehículo del aprendizaje social; o como muy bien lo expresa el artículo que se viene citando, “como ‘portador de la historia’”⁸⁴. El artículo afirma que la observación confirma “que los países de derecho civil regulan los mercados de trabajo más extensamente que los países de common law”⁸⁵.

11. En cuanto a los efectos económicos de la regulación laboral, la economía convencional formula tres conjeturas hipotéticas: la indeterminación, el origen legal y la complementariedad. Según la ‘hipótesis de la indeterminación’, “los efectos económicos de una determinada reforma laboral son ‘a priori’ indeterminados”⁸⁶; las razones que se invocan son varias: “las leyes laborales surgen de contextos determinados, sus efectos no son constantes para todas las firmas o para todos los sectores, su aplicación depende de un conjunto de factores más allá de lo legal y del punto del ciclo económico en que la reforma se introduce”⁸⁷. Según la ‘hipótesis del origen legal’, “el contenido de las leyes laborales está determinado en alto grado por origen legal de los

⁸¹ BOTERO et al: Op. Cit., p.8

⁸² BOTERO et al: Op. Cit., p.8

⁸³ DEANKIN and SARKAR: Op. Cit. p.8

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ BOTERO et al: Op. Cit., p.8

⁸⁶ DEAKIN and SARKAR: Op. Cit., p.12

⁸⁷ Ibidem.

sistemas nacionales”⁸⁸; y distingue dos niveles: “en su forma fuerte, el origen legal es un factor causal exógeno que lleva a la ineficiencia” (especialmente los sistemas de Derecho Civil colonial)⁸⁹; y “en su forma débil ve el vínculo entre el origen legal y el contenido de las normas, pero es escéptica en cuanto al impacto en la eficiencia”⁹⁰. Finalmente, según la ‘hipótesis de la complementariedad’, “el impacto de las leyes laborales depende de su interacción con ciertas instituciones complementarias dentro de sistemas nacionales específicos. En particular se espera que las leyes laborales funcionen de modo diferente en un sistema de mercado liberal (de tipo anglosajón) o en un sistema del mercado coordinado (de tipo europeo o ‘capitalismo renano’)”⁹¹. También aquí la tendencia hacia lo empírico ha aparecido. “Para verificar estas hipótesis, -se ha señalado- es necesaria una mayor comprensión empírica de cómo funcionan los sistemas legales”⁹².

Volvamos ahora a la cuestión central de esta Comunicación: la hipótesis de la relación causal entre regulación laboral y desempleo. La OECD, en el ya citado ‘Job Study’ de 1994⁹³ “atribuye el creciente desempleo de Europa -aunque posteriormente generaliza el ámbito geográfico de la afirmación- a mercados laborales de funcionamiento deficiente, caracterizados por gravosas regulaciones que hacían la contratación y el despido costoso para los empleadores, no permitieron a las empresas ajustarse a los ciclos económicos e impidieron promover la creación de empleo”⁹⁴. La explicación neoclásica es “que la estabilidad y la

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ DEAKIN and SARKAR: Op. Cit. p.13

⁹² Ibidem.

⁹³ OECD: THE OECD JOBS STUDY; Facts, Analysis, Strategies (1994).

⁹⁴ OECD: THE OECD JOBS STUDY; Facts, Analysis, Strategies (1994), p. 9; Citado en SANTOS, A: Op. Cit., p.49.

seguridad de la relación de empleo viene con un alto costo: la renuencia del empleador a contratar”⁹⁵ y -en términos más generales- que las regulaciones laborales “crean ineficiencias de mercado que deberían ser eliminadas por desregulación”⁹⁶. Esos son los argumentos que -en lo sustancial- fundamentan la propuesta de la denominada ‘flexibilización laboral’.

12. La definición de ‘flexibilidad’ -y la de su armónico operativo ‘flexibilización’- en general se presenta de modo ‘descriptivo’, más que conceptual. Así, una distinguida especialista argentina señala, “Los autores nos hablan de diferentes tipos de flexibilidad: a) numérica o externa; b) funcional; c) salarial; d) temporal; e) externalización o subcontratación y -agrega críticamente- todo otro tipo de contratación que se caracteriza por vulnerar la seguridad de los trabajadores y precarizar el empleo”⁹⁷. En lo que hace a la hipótesis que aquí se investiga, es el primero de los tipos el que interesa: “a) La flexibilidad numérica o externa -explica- es aquella que permite a los empleadores reducir o modificar su plantilla de trabajadores en función de sus necesidades”⁹⁸.

En nuestro país, la cuestión se planteó por primera vez a la discusión pública en la “6ª Convención de Bancos Privados Nacionales” organizada por ADEBA (Asociación de Bancos Argentinos) realizada en Buenos Aires en agosto de 1988 con la presencia de importantes figuras internacionales de su tiempo y de los más reconocidos especialistas argentinos. El Documento Técnico central de la Convención -un análisis extenso y riguroso del Sistema de Relaciones Laborales argentino- fue elaborado y expuesto por el Dr. Armando Caro Figueroa, que había sido Subsecretario de Trabajo y años después sería Ministro de Trabajo

⁹⁵ SANTOS, A: Op. Cit., p.49/50

⁹⁶ SANTOS, A: Op. Cit., p.49

⁹⁷ RIAL, Noemí: La Flexibilidad Laboral y sus consecuencias. En *Pensar en Derecho*, p. 9, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/11/la-flexibilidad-laboral-y-sus-consecuencias.pdf>

⁹⁸ RIAL, N.: Op. Cit., p. 10

de la Nación. Desde el principio advierte -en línea con lo dicho más arriba en esta Comunicación- que “Todo análisis concreto desde el ángulo de la ‘rigidez/flexibilidad’ se mueve en el terreno de la relatividad; de modo que una norma será rígida o flexible según el contexto en que opere”⁹⁹. Con esa precaución, es del caso traer a colación lo que se dice acerca del despido: “Puede afirmarse como conclusión global, que la regulación de los despidos en Argentina es flexible; incluso y en determinados aspectos, más flexible que los sistemas comparados”¹⁰⁰; y agrega después: “Si bien en líneas generales el despido incausado es un despido ‘barato’, el juego de las regulaciones legales determina la quiebra del principio y la aparición de situaciones de relativa carestía del despido”¹⁰¹.

En aquella ocasión, el entonces Ministro de Trabajo de España en su intervención, no dejó de advertir que “es necesario evitar una serie de errores que se pueden cometer, el primero de ellos es pretender identificar la flexibilidad en el mercado de trabajo con la superación o la eliminación de la garantía de los derechos de los trabajadores, que se encuentra en la esencia del propio derecho del trabajo”¹⁰²; y agregó: “Este error lleva, ineludiblemente, a la imposibilidad de aplicar medidas flexibilizadoras en el campo del mercado de trabajo”¹⁰³. En el mismo sentido concluye Caro Figueroa: “Un debate politizado en extremo, ‘colonizado’ por posiciones corporativas o cargado de maximalismos, corre el riesgo de resultar estéril y conducirnos a un nuevo ‘empate’ que termine dejándolo todo como está, pese al

⁹⁹ CARO FIGUEROA, Armando: Rigidez y flexibilidad en el mercado de trabajo argentino. En “Flexibilización del Mercado Laboral y Crecimiento Económico”, ADEBA, Buenos Aires (1989), Tomo I, P. 49.

¹⁰⁰ CARO FIGUEROA, A.: Op. Cit., p. 214.

¹⁰¹ CARO FIGUEROA, A. Op. Cit., p. 49.

¹⁰² CHAVES GONZÁLEZ, Manuel (Ministro de Trabajo y Seguridad Social de España): Una nueva regulación del mercado laboral en un sistema de autonomía de las partes. En “Flexibilización del Mercado Laboral y Crecimiento Económico”, ADEBA, Buenos Aires (1989), Tomo I, P. 22.

¹⁰³ *Ibidem*.

extendido consenso crítico sobre el funcionamiento del sistema”¹⁰⁴. Ambos tuvieron razón.

13. La flexibilización laboral ha tenido amplia aceptación entre los actores institucionales¹⁰⁵, como el Banco Mundial, la OECD y el Fondo Monetario Internacional, pero no ha dejado de señalarse que “ha encontrado importantes objeciones teóricas”¹⁰⁶. La primera objeción que se apunta -y la más relevante técnicamente para la materia de esta comunicación- es que una hipotética conexión causal entre ‘rigidez’ y ‘desempleo’, “es en el mejor de los casos tenue, y que es improbable que la flexibilidad laboral tenga algún efecto importante en los niveles de desempleo”¹⁰⁷; y además -se agrega- que lo que surge de la investigación empírica es que “el impacto es mínimo, porque una baja de corto plazo del desempleo se compensa con una suba a largo plazo”¹⁰⁸; y que “la legislación protectora del empleo (EPL) tendría más impacto en la composición de la fuerza de trabajo que en los niveles de desempleo”¹⁰⁹; es decir, favoreciendo las dotaciones de ya empleados (más viejos y más varones) y dificultando la incorporación de nuevos entrantes (más jóvenes y más mujeres); además, se han señalado experiencias de países que flexibilizaron sin efectos en el desempleo¹¹⁰.

La segunda objeción que se señala en el artículo en comentario, es que hay “serias dudas sobre la idea que la intervención del gobierno en el mercado laboral es generalmente y siempre ineficiente”¹¹¹. Se ha destacado -se agrega más adelante-

¹⁰⁴ CARO FIGUEROA, A. Op. Cit., p. 53.

¹⁰⁵ SANTOS. A: Op. Cit., p.50

¹⁰⁶Ibidem.

¹⁰⁷Ibidem.

¹⁰⁸Ibidem.

¹⁰⁹Ibidem.

¹¹⁰Ibidem.

¹¹¹Ibidem.

“que la EPL puede estimular la eficiencia reduciendo los costos de transacción y aumentando la productividad”¹¹²; los factores que se enuncian para este efecto son, primero, el hecho que los mercados laborales no son en sí perfectamente competitivos por diversas circunstancias -mencionadas en otra parte en esta Comunicación- como altos niveles de incertidumbre, información asimétrica y costos hundidos”¹¹³; y segundo, que si no hubiera regulaciones la ‘necesaria incompletitud’ del contrato de trabajo requeriría constantes renegociaciones, lo que resultaría en alta ineficiencia¹¹⁴.

Y la tercera objeción -continúa este artículo- plantea cuestiones normativas “de mayor calado a la agenda desregulatoria, más allá de la eficiencia”¹¹⁵; en efecto: es generalmente aceptado que “la eficiencia económica no es el único criterio valorativo a ser considerado en cuanto a la regulación”¹¹⁶; y que “hay importantes consideraciones de equidad, justicia y equilibrio a las que hay que prestar atención”¹¹⁷; y concluye que si bien no se descartan posibles conflictos de estas consideraciones con los criterios de eficiencia, recuerda que “cada sociedad puede elegir legítimamente fórmulas de compromiso entre ambos”¹¹⁸.

14. La investigación se ha ido “alejando desde hace tiempo de la posición que ve la ley laboral como una interferencia externa con las relaciones de mercado”¹¹⁹; y en términos más generales, la explicación de la economía convencional en esta materia “ha sido desafiada por perspectivas teóricas que cuestionan la existencia de

¹¹² SANTOS, A: Op. Cit, p. 51

¹¹³Ibidem.

¹¹⁴Ibidem.

¹¹⁵Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸Ibidem.

¹¹⁹ DEANKIN and SARKAR, Op. Cit., p.9

una tendencia automática hacia la eficiencia en un mercado de trabajo ‘libre’ y desregulado”¹²⁰. Dos son los principales abordajes en este sentido, ambos de sólida raigambre jurídica. Por un lado, la inteligencia de las reglas de la legislación laboral “como desarrollos tanto de la dinámica interna del sistema jurídico como de prácticas sociales que responden a fallas de coordinación del mercado en las áreas que pretende regular”¹²¹. Y por el otro, “las características propias del contrato de empleo, en particular su ‘incompletividad’¹²²; la teoría económica no ha tenido más remedio que hacerse cargo de que “la relación de empleo tiene características propias que la distinguen de otras transacciones, y hacen inaplicables ciertos aspectos del análisis ortodoxo de mercado libre”¹²³; y en cuanto a la incompletividad, es ampliamente reconocida como consecuencia de la orientación al largo plazo, la incertidumbre estructural de su funcionamiento futuro, su terminación, el contenido del trabajo y la intensidad del esfuerzo demandado”¹²⁴.

El premio Nobel Herbert Simon advirtió hace bastante más de medio siglo la importancia teórica de esta cuestión y la trató exhaustivamente en un artículo publicado en la prestigiosa revista ‘Econometría’¹²⁵. Comienza diciendo que “En la teoría económica tradicional, los empleados entran en el sistema en dos roles muy distintos. Inicialmente, son dueños de un factor de producción (su propio trabajo) que venden por determinado precio. Después, se convierten en factores de producción completamente pasivos, usados por el empresario de modo de maximizar su ganancia”¹²⁶.

¹²⁰ DEAKIN and WILKINSON, Op. Cit., p. 14

¹²¹ DEANKIN and SARKAR, Op. Cit., p.9

¹²² DEAKIN and WILKINSON, Op. Cit., p. 14

¹²³ DEAKIN and WILKINSON, Op. Cit., p. 14

¹²⁴ DEAKIN and WILKINSON, Op. Cit., p. 18

¹²⁵ SIMON, Herbert: A formal theory of employment relationship. *Econometrica*, Vol.19, N°3, (july 1951).

¹²⁶ SIMON, H: Op. Cit., p.293 p. 293.

“Este modo de ver el contrato de empleo -sigue Simon- tiene tan alto grado de abstracción que deja afuera los hechos empíricos más impactantes de la situación que observamos en el mundo real¹²⁷. “En particular -agrega- ignora las características que lo diferencian de otros tipos de contratos”¹²⁸. En ese sentido, destaca como factor central “La relación de autoridad que existe entre empleador y empleado, creada por el contrato de empleo”¹²⁹. Para formalizar la naturaleza de esta relación, define tres términos: (B), empleador; (W), empleado; y (x), “el conjunto de acciones específicas que (W) desempeña en su empleo”¹³⁰. Y agrega: “Diremos que (B) ejerce autoridad sobre (W), si (W) permite a (B) seleccionar (x)”¹³¹. Luego define el contrato de empleo: “(W) entra en un contrato de empleo con (B) -dice- cuando aquél acepta la autoridad de éste, y éste acepta pagarle a aquél determinado salario (w)”¹³². “Este contrato -concluye el Nobel en comentario- es fundamentalmente diferente al contrato de compraventa, que es el que se asume en las formulaciones ordinarias de teoría de precios”¹³³.

Ronald Coase -otro premio Nobel que ya hemos referenciado aquí- también le prestó atención especial a la naturaleza del contrato de empleo, y la analizó tanto desde el punto de vista económico como legal, destacando -en la misma línea que Simon- “que es el hecho de la dirección lo que es la esencia del concepto legal de empleador y empleado, así como lo era en el concepto económico”¹³⁴. Y considera que “los límites de la firma

¹²⁷Ibidem.

¹²⁸Ibidem.

¹²⁹Ibidem.

¹³⁰ SIMON, H: Op. Cit., p.294

¹³¹Ibidem.

¹³²Ibidem.

¹³³Ibidem.

¹³⁴BAUDRY, Bernard et CHASSAGNON, Virgile: The Analysis of Employment Relationship in Contract Economic Theories. A critical review based on the nature of American and French Labor Laws. *Economie et Institutions* (on line) 27 (2018), 1.

están determinados por ese ámbito de autoridad definido por las relaciones de empleo”¹³⁵.

15. La conexión causal entre regulación laboral y desempleo ha perdido plausibilidad; no sólo en la academia, sino también en los documentos de las organizaciones multilaterales. En ese sentido, se ha señalado que “Estudios de la OIT indican que las tasas de desempleo han aumentado con independencia del grado de regulación del Mercado”¹³⁶, así como que “cuando se ha implementado el programa de flexibilización laboral, no ha producido los resultados esperados”¹³⁷. También “la OECD se ha replegado de lo que sostenía en el ya citado ‘Job Study’ de 1994”¹³⁸; en efecto, en ‘Perspectiva del Empleo 2004’, advierte que ‘la evidencia del rol desempeñado por la regulación protectora (EPL) en el empleo agregado, sigue siendo mezclada”¹³⁹. “Esta evidencia mezclada e inconclusiva parece aconsejar cierta precaución hacia las propuestas de reformas legales que presionan por la remoción de las protecciones en el contrato de empleo, como la panacea para un mejor desempeño económico”¹⁴⁰. Es que “Los efectos de la ley laboral -se ha destacado- dependen de la existencia de procesos más allá del sistema legal. En estas circunstancias -se advierte- pocas asunciones a priori se pueden hacer sobre el impacto de las reglas de la legislación laboral”¹⁴¹.

Se ha destacado -en línea con parte importante de la literatura- “que los mercados laborales no son, por naturaleza, perfectamente competitivos”¹⁴²; de lo que se extrae que “el

¹³⁵ BAUDRY et CHASSAGNON: Op. Cit.,2.

¹³⁶ SANTOS, A. Op. Cit., 52

¹³⁷Ibidem.

¹³⁸ SANTOS, A: Op. Cit., p.53

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ DEANKIN and SARKAR: Op. Cit., p.10

¹⁴² GOLPE et al.: Op. Cit., p.6

mercado laboral no va a funcionar bien sin instituciones adecuadas, es decir, sin un mix adecuado de regulaciones, impuestos y subsidios que afecten la relación entre trabajadores y empleadores”¹⁴³. “Esto -agrega- plantea la cuestión de cuáles son esas instituciones adecuadas”¹⁴⁴. En el mismo sentido se ha dicho: “En lo más alto del entusiasmo por el libre mercado la opción era regulación/desregulación. Hoy -aceptada la necesidad de regulación por las fallas de mercado- la opción se presenta no como si hay que regular o no, sino qué tipo de regulación es necesaria”¹⁴⁵.

- III -

‘Derecho y Economía’ de la Regulación Laboral

16. La historia de la disciplina comenzó a principios del siglo XX en EE.UU. con el denominado “primer movimiento de Law and Economics”, que nació asociado a las escuelas de la economía institucional y el realismo jurídico”¹⁴⁶, advertido de que el mercado no siempre funciona; en lo que hace a lo específicamente laboral, “planteó el interés público como fundamento de la regulación de la relación de empleo, que es el factor que sigue aportando buena parte de los elementos teóricos y éticos”¹⁴⁷ de este abordaje. Sin embargo, se señala que “Desde principios de los 80s el péndulo parece haberse movido claramente en sentido contrario”¹⁴⁸. En efecto; “en las últimas tres décadas, el ‘segundo movimiento de Law and Economics’ -inspirado por la economía neoclásica, en particular por la escuela de Chicago- ha argumentado persuasivamente a favor de una sustancial

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ SANTOS, A: Op. Cit., p.47

¹⁴⁶ KAUFMAN, B.: Op. Cit., p.2

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Ibidem.

desregulación del mercado laboral”¹⁴⁹, rigurosamente confiado en el funcionamiento del mercado.

Un enfoque más actual presenta la evolución de la disciplina no en las dos etapas recién señaladas, sino en tres: una periodización de “tres ‘eras’ de las investigaciones de ‘derecho y economía’, sobre la base del reconocimiento de que la economía enseña tanto que los mercados funcionan cuanto que los mercados fallan”¹⁵⁰. “En la Era Uno -se explica- los investigadores enfatizaban que los mercados funcionan, que la cuestión era ver de qué modo una regulación estimula o inhibe la eficiencia del mercado”¹⁵¹, y estimaban que la legislación laboral y las regulaciones obligatorias del empleo podrían reducir el bienestar social general impidiendo que el beneficio o la oportunidad pasen a quien lo valora más”¹⁵². “En la Era Dos -continúa el argumento- los investigadores enfatizaban que los mercados fallan”¹⁵³, y estimaban que “las leyes laborales y de empleo podrían mejorar el bienestar social general corrigiendo las fallas de mercado causadas por poder monopsonico, por externalidades, por bienes públicos, por información asimétrica y por problemas heurísticos”¹⁵⁴. “En la Era Tres -finaliza la periodización- los investigadores deben apelar a métodos empíricos para arbitrar entre los enfoques de mercados que funcionan y los enfoques de mercados que fallan”¹⁵⁵. Y concluye: “La Teoría y la Contra-teoría no van más allá; y los

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ SCHWAB, Stewart J.: Law and Economics Approaches to Labor and Employment Law. International Journal of Comparative Labor Law and Industrial Relations, 33, no.1 (2017), p.115

¹⁵¹ SCHWAB, S.: Op. Cit., p.118.

¹⁵² SCHWAB, S.: Op. Cit., p.115

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

hechos reales son necesarios para resolver muchos debates sobre los efectos de las regulaciones”¹⁵⁶.

17. Guido Calabresi -uno de los ‘padres fundadores’ del ‘Law and Economics’- distingue en la disciplina dos vertientes: el Análisis Económico del Derecho, moldeado en la forja neoclásica de la Universidad de Chicago y cuya figura epónima es Richard Posner, y ‘Derecho y Economía’, orientado en el sentido de la economía institucional y cuya figura más representativa es el mismo Calabresi. En su libro más reciente¹⁵⁷, presenta cuidadosamente la distinción. “Lo que llamo Análisis Económico del Derecho -comienza- usa la teoría económica para analizar el mundo jurídico. Examina ese mundo desde el punto de vista de la teoría económica y, como resultado de ese examen, confirma, pone en duda y frecuentemente busca la reforma de la realidad legal”¹⁵⁸. Y agrega: “En su modo más extremo, habiendo mirado el mundo desde el punto de vista de la Teoría económica, si encuentra que el mundo legal no encaja, afirma que ese mundo es irracional”¹⁵⁹.

“Lo que yo llamo ‘Derecho y Economía’ en cambio -sigue Calabresi- comienza con una aceptación agnóstica del mundo como es, según lo describe el abogado. Luego mira si la teoría económica puede explicar ese mundo, esa realidad. Y si no puede, en lugar de descartar automáticamente ese mundo como irracional, hace dos preguntas”¹⁶⁰. ¿Está bien hecha la descripción? ¿Se puede ampliar la Teoría económica para encontrar una explicación? Y se responde: “Si esa teoría más refinada lo puede hacer, ‘Derecho y Economía’ sugiere que esos cambios se incorporen a la Teoría Económica general”¹⁶¹. “Mientras en el ‘Análisis Económico del

¹⁵⁶Ibidem.

¹⁵⁷CALABRESI, Guido: The Future of Law and Economics. Yale University Press, New Haven (2016).

¹⁵⁸ CALABRESI, G.: Op.Cit., p.2

¹⁵⁹Ibidem.

¹⁶⁰ CALABRESI, G.: Op. Cit., p.4

¹⁶¹Ibidem.

Derecho' la economía domina y el derecho es su objeto de análisis y crítica, en 'Derecho y Economía' la relación es bilateral"¹⁶². La distinción es metodológica, no teórica; "No es la teoría que usan lo que distingue estos dos abordajes -explica Calabresi- es la relación entre la teoría y el mundo que examinan lo que los separa"¹⁶³.

18. Se ha subrayado que "Las respuestas del Análisis Económico del Derecho Neoclásico a los temas de regulación laboral, están muy influidas por el modo como encuadra el problema económico, los métodos, teorías y modelos que usa, así como por los supuestos positivos y normativos que asume"¹⁶⁴. Es del caso señalar dos de esos supuestos: el primero de ellos es la postulación liminar -en línea con el primer teorema fundamental de la economía- que "la forma más eficiente de organización económica es una economía de libre mercado (walrasiano) en el que todos los bienes y servicios son intercambiados en mercados perfectamente competitivos"¹⁶⁵; y también su corolario -la denominada 'ley de Say'- que afirma que "la operación de oferta y demanda y precios flexibles en una economía de mercado libre y competitivo, automáticamente llevará la economía hacia un punto de plena utilización de los recursos y -especialmente- de pleno empleo de la fuerza de trabajo"¹⁶⁶. Y el segundo de esos supuestos, es que mientras la economía es una ciencia positiva, que trabaja con fenómenos objetivos y medibles, "La equidad y la justicia son miradas como inherentemente subjetivas, conceptos ético-metafísicos que no tienen base objetiva ni unidad de medida común"¹⁶⁷, por lo que no se las incluye en el cuerpo normalizado de la teoría económica.

¹⁶² CALABRESI, G.: Op. Cit., p.6

¹⁶³Ibidem.

¹⁶⁴ KAUFMAN, B. Op. Cit.

¹⁶⁵Ibidem.

¹⁶⁶Ibidem.

¹⁶⁷Ibidem.

Cuando el Análisis Económico del Derecho Neoclásico, “examina los pros y los contras de diversos tipos de regulación laboral”¹⁶⁸, hace especial hincapié en los contras: “Considera dos clases de normas regulatorias: las referidas al funcionamiento del mercado laboral y las que imponen obligaciones asociadas al contrato de trabajo”¹⁶⁹. El primer tipo de regulaciones -razona- “suplanta de algún modo la operación de oferta y demanda y el rol de coordinación de los salarios flexibles”¹⁷⁰, cambiando -dice- los términos negociales del contrato de trabajo”¹⁷¹; y menciona como ejemplos la ley de salario mínimo, la ley de negociación colectiva, la ley de igual salario por igual tarea para hombres y mujeres¹⁷². El segundo tipo de regulaciones -continúa- “estipula que el empleador o un tercero provea o mejore algún término o condición del empleado; sea de modo directo o indirecto (por el gobierno o sindicatos) financiado con impuestos o contribuciones”¹⁷³; los ejemplos incluyen -entre otros- el seguro de desempleo, la licencia por maternidad y el preaviso”¹⁷⁴; entiendo que podrían agregarse a esa enumeración la indemnización por despido y los aportes jubilatorios. Y concluye que, en razón de la regulación laboral, “Una cantidad de cosas negativas se predice que sucederán”¹⁷⁵, cuestión que es considerada en otro lugar de esta Comunicación.

Se ha destacado de modo especial que, en nuestra materia, “El concepto analítico fundamental del Análisis Económico del Derecho Neoclásico es el modelo de mercado laboral

¹⁶⁸ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

¹⁶⁹Ibidem.

¹⁷⁰ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

¹⁷¹Ibidem.

¹⁷²Ibidem.

¹⁷³ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

¹⁷⁴ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

¹⁷⁵Ibidem.

perfectamente competitivo”¹⁷⁶; que en su forma más estricta “deja poco o ningún espacio para la regulación del mercado laboral o las obligaciones asociadas al empleo”¹⁷⁷. “Pero hasta sus más entusiastas proponentes -se señala- admiten que el modelo competitivo no siempre representa las características del mercado laboral en el mundo real. La información puede ser difícil y costosa de obtener, la movilidad de un trabajo a otro a veces es imposible, los trabajadores y los trabajos son bastante heterogéneos y algunos mercados laborales tienen sólo unos pocos ‘compradores’”¹⁷⁸. Y la explicación avanza señalando: “Cada uno de estos ejemplos -donde el funcionamiento del mercado en el mundo real no alcanza el ideal teórico de ‘competencia perfecta’- se llama ‘falla de mercado’”¹⁷⁹. Y concluye: “Claramente, las fallas de mercado determinan la necesidad y el potencial alcance para leyes laborales y obligaciones asociadas al empleo”¹⁸⁰. De allí es que se ha enfatizado que pensar que “el Análisis Económico del Derecho Neoclásico es linealmente anti-regulación y anti-gobierno, y que aboga por un abordaje de *laissez-faire* del mercado laboral”¹⁸¹, es una simplificación “entendible pero injusta”¹⁸². Y se aclara: “El Análisis Económico del Derecho Neoclásico apoya la regulación laboral que promueve la eficiencia general corrigiendo las ineficiencias del mercado”¹⁸³.

19. La otra vertiente de la disciplina, fruto de la fusión del ‘institucionalismo’ en economía y del ‘realismo jurídico’ en derecho, se ha denominado ‘Derecho y Economía’¹⁸⁴. El ‘Derecho

¹⁷⁶Ibidem.

¹⁷⁷ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

¹⁷⁸Ibidem.

¹⁷⁹Ibidem.

¹⁸⁰Ibidem.

¹⁸¹ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

¹⁸² SCHWAB, S.:Op. Cit., p.134

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴CALABRESI, G.: Op. Cit., p.3

y Economía’ aborda “el análisis de los mercados laborales y de las relaciones de empleo sobre la base de una proposición fundamental: que el trabajo es humano y no una mercancía, principio que -se recuerda- es la piedra angular de la Organización Internacional del Trabajo”¹⁸⁵. Así se lee en el primer inciso del primer artículo de la Declaración de Filadelfia: “I. La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: (a) el trabajo no es una mercancía”¹⁸⁶.

Ya se ha dicho aquí que “el centro del Análisis Económico del Derecho Neoclásico es el modelo competitivo de mercado laboral y la agenda de desregulación de la relación del empleo”¹⁸⁷, lo que ha motivado diversas objeciones que también se tratan en esta Comunicación. Frente a esas y otras críticas, la economía neoclásica ha defendido su posición -con bastante éxito- con un “cinturón protector” lakatosiano de investigaciones secundarias.

Sin embargo, esa defensa se revela menos exitosa cuando se incluyen los ‘costos de transacción’ en el análisis. En efecto; “investigaciones recientes de la economía institucional -se señala- revelan que el modelo competitivo tiene una contradicción interna profunda que parece desafiar su coherencia lógica”¹⁸⁸; “esa contradicción lógica -se agrega- aparece considerando las consecuencias de los costos de transacción para el modelo competitivo”¹⁸⁹. El concepto de ‘costo de transacción’ fue desarrollado por Coase¹⁹⁰ y se constituyó en uno de sus aportes fundacionales al ‘Derecho y Economía’. Los ‘costos de transacción’ son -en palabras de Coase- “los costos por usar el

¹⁸⁵ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

¹⁸⁶ OIT: Declaración de Filadelfia (10 de mayo de 1944)

¹⁸⁷ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

¹⁸⁸ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ KAUFMAN, B.: Op. Cit.

mecanismo de precios”¹⁹¹, y en otra parte de esta Comunicación los hemos tratado con detalle. De todos modos, vale tener en cuenta que este concepto “en general no es considerado por la economía convencional, porque la teoría de precios neoclásica asume que el intercambio de mercado funciona con costo cero”¹⁹². Por esa razón, el Nobel Douglass North enfatiza que el fundamento teórico de la economía convencional neoclásica “es solo ‘media teoría’, porque ignora los costos de transacción”¹⁹³

20. En su famoso artículo sobre ‘La naturaleza de la firma’, “Coase hace una distinción entre dos mecanismos de coordinación, la autoridad del empresario y el sistema de precios”¹⁹⁴. Así, “la producción y el intercambio se coordinan o por mercados o por organización y autoridad, según cual sea el que tiene costos de transacción más bajos”¹⁹⁵. “Pero en un mundo de costo de transacción cero -avanza el argumento- el mercado es siempre lo más eficiente, y las firmas, que en sí no tienen ‘costo de transacción cero’, por simple mecánica de costos comparativos (hipotéticamente) se irían desarticulando verticalmente hasta que todas las transacciones serían entre actores individuales”¹⁹⁶. Coase se había dado cuenta de que en un mundo de costos de transacción cero no hay fundamento racional para firmas multipersonales, y lo dice con todas las letras: “En ausencia de costos de transacción, no hay base económica para la existencia de la firma”¹⁹⁷. Pero hay una

¹⁹¹COASE, Ronald H.: Nobel Prize Lecture, December 9, 1991, p. 4

¹⁹² KAUFMAN, B.: Op. Cit.

¹⁹³NORTH, Douglass C.: Transaction Costs, Institutions, and Economic History. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 140, H. 1., The New Institutional Economics: A Symposium (März 1984), p. 7.

¹⁹⁴ BAUDRY et CHASSAGNON: Op. Cit. 1

¹⁹⁵ KAUFMAN, B: Op. Cit.

¹⁹⁶Ibidem

¹⁹⁷COASE, Ronald: The Firm the Market and the Law, Chicago: University of Chicago Press (1988); p. 14. Citado en KAUFMAN, Bruce E.: The Non-existence of the Labor Demand/Supply Diagram, and Other Theorems of Institutional Economics, Georgia State University; Andrew Young School of Policy Studies Research Paper Series. Working Paper 07-27; May 2007; p.15.

conclusión más, especialmente relevante para la materia de esta Comunicación: en un mundo de costos de transacción cero y en el que el universo de las transacciones es entre sujetos individuales, no hay tampoco razón económica para la existencia de relaciones de empleo ni mercado laboral. Veamos.

La cuestión se plantea en el contexto de un debate de mayor aliento, cual es el cuestionamiento al diagrama de curvas de demanda y oferta de trabajo de la economía neoclásica. La primera crítica señala que los supuestos en los que se basa no son realistas, porque ignora las condiciones de ocurrencia de los fenómenos que representa el diagrama; la respuesta neoclásica -también en este caso bastante exitosa- descalifica la crítica por ‘descriptiva’ y remite al conocido argumento de Friedman de la irrelevancia del realismo para la formulación de hipótesis¹⁹⁸. La segunda crítica parece haber tenido mejor suerte: argumenta que en un mundo de costos de transacción positivos, “el diagrama de demanda y oferta de trabajo y la teoría del mercado laboral competitivo que de ella se deriva son ambas imposibilidades lógicas y no pueden existir en el plano de teoría pura”¹⁹⁹. El cuestionamiento se sintetiza en la afirmación “El modelo de mercado laboral perfectamente competitivo tiene una contradicción interna que impide la existencia del objeto mismo que pretende teorizar”²⁰⁰.

El razonamiento procede a partir de cuestionar la lógica interna y la consistencia de la teoría del mercado laboral competitivo que deriva del diagrama de demanda y oferta de trabajo; “esto es, mostrar que la teoría contiene una contradicción fatal que pone en entredicho su coherencia lógica”²⁰¹. El primer factor que se argumenta es la incompletividad del contrato de empleo, que es el hecho que en el acuerdo no se puede -sea por

¹⁹⁸ FRIEDMAN, Milton: The Methodology of Positive Economics, In *Essays in Positive Economics*, M. Friedman, ed. Chicago: University of Chicago Press (1953), pp.3-43.

¹⁹⁹KAUFMAN, Bruce E.: The Non-existence of the Labor Demand/Supply Diagram...; p.14.

²⁰⁰Ibidem.

²⁰¹Ibidem.

información incompleta, por incertidumbre o por inconveniencia-contemplar todos los aspectos de la transacción; esa limitación imposibilita -siempre dentro del modelo en comentario- un intercambio eficiente²⁰². El segundo factor que se argumenta son los costos de transacción, que hacen antieconómico -o imposible-superar la limitación recién indicada y ‘completar’ el contrato de empleo (pactar todos los detalles)²⁰³.

El razonamiento prosigue señalando que “el modelo de competencia perfecta, si se lo lleva a su conclusión lógica, sería mejor llamado modelo de ‘descentralización perfecta’²⁰⁴, porque la estructura de la organización económica -otra vez, siempre dentro del modelo- se desarticula verticalmente hasta su forma básica y más descentralizada, en la cual toda la producción tiene lugar en firmas unipersonales (de único propietario, granjas familiares, contratistas independientes, etc.)”²⁰⁵. Y con una argumentación del mismo tipo se analiza la imposibilidad del mercado laboral: “La base para firmas multi-personales y contratos de empleo -se razona- son costos de transacción positivos, y si los costos de transacción se reducen a cero, entonces ni las firmas ni los contratos de empleo tienen valor económico y desaparecen”²⁰⁶. Y continúa: “Las firmas se desarticulan verticalmente hasta que todas las firmas son productores unipersonales, que consiguen servicios laborales, no de empleados en un mercado de factores (el mercado laboral), sino de trabajadores que venden sus servicios laborales a través de un mercado de productos como contratistas independientes, consultores, propietarios individuales y demás”²⁰⁷.

²⁰²Ibidem.

²⁰³KAUFMAN, Bruce E.: The Non-existence of the Labor Demand/Supply Diagram...; p.15

²⁰⁴DEMSETZ, Harold. The Theory of the Firm Revisited; *Journal of Law, Economics, & Organization* 4, no. 1 (1988): 141-61.Citado en KAUFMAN, Bruce E.: The Non-existence of the Labor Demand/Supply Diagram...; p.15.

²⁰⁵KAUFMAN, Bruce E.: The Non-existence of the Labor Demand/Supply Diagram...; p.15-16.

²⁰⁶Ibidem.

²⁰⁷Ibidem.

Por lo tanto, concluye que “Un Mercado laboral y relaciones de empleo, solo pueden existir en un mundo de costos de transacción positivos”²⁰⁸.

El último paso del argumento destaca que ese mundo de costos de transacción positivos, “se caracteriza por racionalidad imperfecta en la toma de decisiones, información imperfecta, y derechos de propiedad imperfectamente definidos y asegurados. Como resultado-agrega- los contratos de empleo son incompletos, generando fuentes de ineficiencia como problemas principal-agente, riesgo moral y negociación estratégica”²⁰⁹. Y el autor que venimos citando remata su argumento haciendo una afirmación que califica de ‘Teorema fundamental’: “los mercados laborales -diceson inherentemente, siempre y en todo lugar, imperfectos”²¹⁰.

21. Para el ‘Derecho y Economía’ entonces, las señaladas limitaciones del modelo de mercado laboral de competencia perfecta en condiciones de costos de transacción positivos, abre mayor espacio a un modelo de competencia imperfecta y consecuentemente a la racionalidad de la regulación, a fin de corregir fallas y balancear desequilibrios²¹¹. Se han presentado diversas argumentaciones en ese sentido: la asimetría de poder de negociación de los trabajadores individuales; la estabilización macroeconómica y del mercado laboral; la promoción de la eficiencia económica y el crecimiento; y las externalidades del mercado laboral y el costo social del trabajo²¹².

La asimetría del poder de negociación surge de las condiciones de competencia imperfecta propia del mercado laboral²¹³. En un mercado laboral de competencia perfecta, existe

²⁰⁸Ibidem.

²⁰⁹KAUFMAN, Bruce E.: *The Non-existence of the Labor Demand/Supply Diagram...*; p.18.

²¹⁰Ibidem.

²¹¹ KAUFMAN, B: Op. Cit.

²¹²Ibidem.

²¹³ KAUFMAN, B: Op. Cit.

una situación de igualdad de poder de negociación, porque tanto empleador como empleados son ‘tomadores’ del salario y ninguno tiene el poder de subirlo o bajarlo unilateralmente por arriba o por debajo del resultado del mercado competitivo; esto -según el modelo en comentario- produce no sólo eficiencia sino también equidad (justicia de productividad marginal); además-siempre según este modelo- el trabajador siempre puede conseguir otro trabajo a costo cero, y las empresas siempre ofrecen salario y condiciones ‘óptimas’ para conseguir trabajadores”²¹⁴. En cambio, en un mercado laboral de competencia imperfecta hay una situación de desigualdad de poder de negociación porque el empleador no es ‘tomador’ del salario y sí tiene poder para condicionar unilateralmente la negociación y fijar el salario por debajo del equilibrio del mercado, beneficiándose a expensas del trabajador, lo que no es ni eficiente (resultado no ‘Pareto-eficiente’) ni equitativo (no justicia de productividad marginal); además, la existencia de altos costos de transacción imposibilita que el trabajador consiga otro trabajo equivalente, y en condiciones ‘óptimas’ (no Pareto-óptimas)²¹⁵.

“Los economistas neoclásicos -se indica- dibujan el diagrama de curvas de oferta y demanda y toman el salario de equilibrio como punto de partida de la regulación laboral, pero sobre la base de un importante supuesto: presumiendo que el mercado laboral está en un punto de ‘pleno empleo’, indicado por el hecho de la igualdad entre las curvas de demanda y de oferta de trabajo”²¹⁶ en el punto de equilibrio; y en ese mundo sin costos de transacción se llega a afirmar que “el desempleo involuntario persistente es una imposibilidad lógica”²¹⁷. Pero en el mundo real de costos de transacción positivos -continúa el argumento- “el desempleo involuntario es la condición normal en el mercado

²¹⁴ KAUFMAN, B: Op. Cit

²¹⁵Ibidem.

²¹⁶Ibidem.

²¹⁷ KAUFMAN, B: Op. Cit

laboral agregado”²¹⁸. Por eso “Commons señaló que el desempleo crónico es la principal causa de problemas laborales y la mayor vulnerabilidad del capitalismo”²¹⁹.

El mercado laboral genera externalidades, porque la incompletitud característica del contrato de trabajo hace que “parte de sus costos ‘se filtren’ y afecten a terceros”²²⁰. “Aunque estas ‘externalidades’ afectan a los dos lados del mercado laboral, tienen mayor impacto negativo en los trabajadores, porque los empleadores pueden trasladar parte de los costos de producción a los trabajadores, como forma de ‘costo social’”²²¹. Precisamente, “una función de la regulación laboral es limitar ese ‘traslado’ de costos o proveer una compensación a la parte perjudicada”²²². La cobertura de accidentes de trabajo, el salario mínimo y el seguro de desempleo, son los ejemplos típicos.

22. Se ha presentado hasta aquí una revisión de la literatura que sintetiza el estado de la cuestión de los efectos de la regulación laboral, tanto en general como sobre el desempleo en particular. “Hay por lo menos dos lados en cada debate -se ha dicho- y la controversia sobre los pros y los contras de la regulación laboral no es una excepción” y “en ambos hay elementos de verdad”²²³. Para explicar los posicionamientos en uno u otro lado se señalan diversos factores: cuán competitivo uno considera que es el mercado laboral, cuál es para cada uno el factor determinante en la naturaleza de la firma, si se considera el trabajo factor productivo transable o factor humano, y los condicionamientos socioculturales de las propias preferencias²²⁴. “Así considerado -se ha destacado-

²¹⁸Ibidem.

²¹⁹ KAUFMAN, B: Op. Cit

²²⁰ KAUFMAN, B: Op. Cit

²²¹Ibidem.

²²²Ibidem.

²²³ KAUFMAN, B: Op. Cit

²²⁴Ibidem.

no hay una única respuesta correcta a la pregunta ¿cuál es el nivel óptimo de regulación laboral?²²⁵

De allí que, “la cuestión de ‘regulación vs. desregulación’ no puede ser decidida a priori, sino que requiere un análisis empírico más detallado”²²⁶. En realidad “las cuestiones críticas que enfrenta el derecho laboral hoy -se ha dicho- no pueden ser resueltas sino a través de una combinación de análisis interpretativos y análisis cuantitativos”²²⁷; “no podemos aislarnos en los análisis dogmáticos de las normas del derecho laboral; necesitamos -se agrega- teorías y técnicas adicionales para conceptualizar la naturaleza de las relaciones causales entre distintas variables legales y socioeconómicas”²²⁸. En ese sentido, “una serie de estudios han desarrollado recientemente mediciones de intensidad de la legislación laboral que han sido usadas para estimar el impacto de la regulación”²²⁹.

Se ha remarcado que “La evidencia empírica es particularmente importante para los investigadores de ‘Derecho y Economía’ que estudian la regulación laboral, precisamente por lo fácil que es señalar teorías y contra-teorías indicando que cierta doctrina legal promueve o impide la eficiencia”²³⁰. “Lo que es necesario para progresar en nuestro conocimiento -insiste el argumento- es voluntad de hacer argumentos falsables, interés en ver si el argumento es verdadero o falso, y una saludable indiferencia sobre si la conclusión final sobre una determinada cuestión favorece a los trabajadores o a los empleadores”²³¹. Y

²²⁵Ibidem.

²²⁶ DEAKIN and WILKINSON: Op. Cit., (Abstract)

²²⁷ ADAMS, Z. et al.: Op. Cit., p.4

²²⁸ Ibidem.

²²⁹ DEAKIN, S.: Op.Cit., p.13

²³⁰ SCHWAB, S.: Op.Cit., p.143

²³¹Ibidem.

remata diciendo que lo que es necesario, es “Dejar hablar a los hechos”²³².

- IV -

‘Leximétrica’ de la Regulación Laboral

23. Corresponde ahora incorporar elementos empíricos al análisis de la ‘regulación laboral’; y para eso es necesario comenzar por exponer el instrumento técnico que habrá de utilizarse: la ‘leximétrica’.

“La leximétrica-se ha definido- es una técnica de codificación de datos para medir el contenido de las reglas legales y sus variaciones inter-temporales y entre países”²³³. “El término se puede usar para referirse a cualquier análisis cuantitativo de lo jurídico, pero también -se aclara- para referirse más precisamente al proceso de traducir materiales legales, principalmente leyes, decretos y sentencias, en una forma que pueda ser usada en análisis estadísticos”²³⁴. En lo específicamente referido a la materia de esta Comunicación, “la leximétrica es el conjunto de métodos usados para construir y validar indicadores de regulación laboral”²³⁵, así como otros indicadores “usados en el análisis econométrico de los efectos de las normas de derecho del trabajo sobre el empleo, la productividad y la desigualdad”²³⁶.

Para abordar esta tarea, debe tenerse presente que algunas de “las categorías usadas en el análisis estadístico de las ciencias sociales como -por ejemplo- ‘Producto Bruto Interno’, no son

²³²Ibidem.

²³³ DEAKIN, Simon: The use of quantitative methods in labor law research. CBR, University of Cambridge, WP 495, p. 1

²³⁴ ADAMS, Zoe; BASTANI, Parisa; BISHOP, Louise and DEAKIN, Simon: The CBR-LRI Dataset: Methods, Properties and Potential of Leximetric Coding of Labour Laws. *33º International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*; Issue 1 (2017). p.7

²³⁵ DEAKIN, S.: Op. Cit (Abstract)

²³⁶Ibidem.

fenómenos que ocurren en la naturaleza; son construcciones, resultado del entendimiento común dentro de una comunidad epistémica de investigadores”²³⁷. “Tampoco son simples descripciones del mundo societal; el PBI -se recuerda- fue un concepto desarrollado para facilitar el planeamiento nacional”²³⁸; y se agrega: “estas categorías superaron el ámbito de su origen para convertirse, por convención, en indicadores generalmente aceptados de los fenómenos sociales, que en lo fundamental no difieren de fenómenos jurídicos como ‘empleo’²³⁹ y ‘desempleo’. Del mismo modo, podemos decir que “no hay razón en principio para considerar que las normas legales y las instituciones están fuera del alcance de la categorización estadística”²⁴⁰.

La leximétrica implica un proceso de construcción de indicadores; los requisitos de validez de esa construcción están establecidos en textos de organismos internacionales, entre los que se destaca el ‘Manual para la construcción de indicadores’, producido conjuntamente por la Comisión Europea y la OECD en 2008²⁴¹. “Los indicadores compuestos -advirtió ese documento- son bastante parecidos a los modelos matemáticos o computacionales. Como tales, su construcción debe más al oficio y la habilidad del que lo hace, que a reglas científicas universalmente aceptadas”²⁴². Por eso es tan importante dejar aclaradas desde el principio las cuestiones metodológicas de la construcción del índice: “en el caso de lo legal, lo primero y fundamental es dejar aclarado qué es exactamente lo que se está midiendo”²⁴³. “La

²³⁷ DEAKIN, S. Op. Cit., p.4

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ ADAMS, Z. et al.: Op. Cit., p.5

²⁴¹ OECD-EUROPEAN COMMISSION: Handbook on Constructing Composite Indicators Methodology and User Guide (2008), p. 14

²⁴² DEAKIN, S.: Op. Cit., p.7

²⁴³ Ibidem.

premisa -se explica- es que un ‘sumario estadístico’ puede en algún sentido ‘capturar la realidad’²⁴⁴; y un índice, “es una ‘construcción’ referida a un ‘concepto’; el concepto captura una característica de la realidad social, un ‘referente social’, que el índice representa en forma estadística”²⁴⁵. Por ello es imperioso precisar “Cuál es la ‘realidad’ que está siendo representada en los índices legales”²⁴⁶.

24. Los indicadores o índices que se construyen para tratar estadísticamente fenómenos jurídicos en general y la regulación laboral en especial, afirman que lo que están midiendo son las ‘normas legales o las regulaciones’²⁴⁷; aunque algunos incluyen otros componentes. Para medir el impacto de la regulación en el mercado laboral -y en lo que hace a la materia específica de esta Comunicación, en el desempleo- se han desarrollado diversas técnicas; algunos estudios miden la ‘intensidad’ de la regulación laboral²⁴⁸; la OECD mide su “rigor”; Botero et al., el “costo”; el Banco Mundial, la “rigidez”²⁴⁹. Por ejemplo, los primeros trabajos de la OECD describían los indicadores como ‘mediciones estadísticas de la regulación laboral’; versiones más recientes los describen como ‘mediciones de la legislación protectora del empleo’; aunque lo cierto es que los indicadores de la OECD incluyen no sólo mediciones de las regulaciones, sino de algunos de los ‘efectos’ de esas regulaciones, como ciertos ‘costos para el empleador’²⁵⁰. En el mismo sentido, el famoso artículo de Botero, Djankov, La Porta, López de Silanes y Schliefer²⁵¹-que hemos

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Ibidem.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ DEAKIN and SARKAR: Op. Cit., p.13

²⁴⁹ ADAMS, Z. et al: Op. Cit., p.9

²⁵⁰ DEAKIN, S.: Op. Cit., p.7

²⁵¹ BOTERO, Juan; Djankov, Simeon; LA PORTA, Rafael; LÓPEZ DE SILANTES, Florencio and SHLIEFER, Andrei: The Regulation of Labor; NBER, Working Paper N° 9756 (2003).

citado más de una vez en esta Comunicación- si bien describe el objeto de sus mediciones como ‘la regulación laboral’, va explícitamente más allá, en tanto lo describe como la ‘medición económica de la protección’, basada en efectos meta-normativos, como ciertos ‘costos incrementales del empleador’ que el artículo en cita atribuye a la regulación laboral²⁵².

Por el contrario, la OIT describe su índice EPLex como ‘la cuantificación de información legal en el área de protección del empleo’²⁵³ y la Universidad de Cambridge define su Labor Regulation Indicator (CBR-LRI), como ‘el análisis cuantitativo de reglas legales’²⁵⁴. Este último aclara que pretende medir ‘el efecto normativo de la regla legal’ “sobre la premisa que el estudio de los textos legales en sí mismo, no es capaz de indicar si una determinada norma implica costos o beneficios para un empleador o para los empleadores en general”²⁵⁵. “En esos términos, los índices de la OIT y de Cambridge -se afirma- son formalmente neutrales sobre si los efectos de las leyes laborales son buenos o malos, dejando que eso lo resuelva el análisis econométrico”²⁵⁶. “En cambio, los índices de la OECD y de Botero et al., -continúa la explicación- contienen en sí la asunción que las leyes laborales son costosas para los empleadores”²⁵⁷. De ese modo, tanto el índice de la OECD como el de Botero están asumiendo ex ante la verdad de una hipótesis que el análisis econométrico debería demostrar ex post²⁵⁸.

²⁵² DEAKIN. S.: Op. Cit., p. 7

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Ibidem.

²⁵⁶ Ibidem.

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Ibidem.

25. La OECD viene publicando estimaciones sobre el impacto de la regulación laboral (el Indicador de Legislación de Protección del Empleo-EPL) desde principios de los años 90; el último -al momento en que esto se escribe- es el 2018²⁵⁹. Consiste en 21 ítems que cuantifican los costos y procedimientos que implican los despidos individuales o colectivos, o la contratación temporaria o eventual²⁶⁰. Trata la cuestión “como un costo de los empleadores”²⁶¹, lo que no hace sino reflejar el enfoque adoptado por la literatura neoclásica, ya comentado²⁶². “El indicador general -se describe- está compuesto por tres sub-indicadores que cuantifican diferentes aspectos de la protección del empleo”²⁶³: despido individual de trabajadores regulares (que considera inconvenientes procedimentales, preaviso e indemnización y dificultad de despido), costos adicionales por despidos colectivos y contratos temporarios²⁶⁴.

26. Botero, Djankov, La Porta, López de Silanes y Schliefer, en su importante contribución “desarrolla una nueva base de datos sobre la protección legal a los trabajadores, de 85 países en 1997”²⁶⁵. Con una metodología que -dice- le otorga consistencia y comparabilidad, elabora indicadores considerando 75 ítems sobre los siguientes aspectos: leyes de empleo (contratos alternativos, condiciones de trabajo y estabilidad laboral); relaciones industriales (negociación colectiva, participación en la administración de la empresa y conflictos colectivos); y leyes de la seguridad social (jubilaciones, seguro de salud y seguro de desempleo)²⁶⁶. Estos

²⁵⁹OECD: The OECD indicators on Employment Protection Legislation 2018.www.oecd.org/els/emp/oecdindicatorsofemploymentprotection.htm;

²⁶⁰ GOLPE et al: Op. Cit. p.12

²⁶¹Ibidem.

²⁶²Ibidem.

²⁶³Ibidem.

²⁶⁴ GOLPE et al: Op. Cit. p.13

²⁶⁵ BOTERO et al; Op. Cit., p.10 y 5

²⁶⁶Ibidem.

autores consideran como variable explicativa de las variaciones expresadas en esos indicadores la tradición legal de las diferentes regulaciones, entendiendo como más ‘eficientes’ las originadas en el common law.

27. El Banco Mundial, sobre la base de los aportes técnicos de Botero et al., diseñó la base de datos con la que elabora el “Indicador de Regulación del Mercado de Trabajo (Employing Workers Indicator-EWI), que integra su bien conocido índice ‘Doing Business’, según el cual ordena los países en un ranking de acuerdo al puntaje que obtienen. En lo que aquí interesa, el índice DB “Incorpora mediciones del mercado laboral, incluyendo dificultad de contratación, dificultad de despido, costos de despido y rigidez horaria”²⁶⁷. Metodológicamente, la información usada para compilar los indicadores del índice DB no surge de la observación directa, sino de opiniones de personas seleccionadas por el mismo Banco Mundial y “colectada a través de un cuestionario enviado a expertos de cada país, principalmente abogados”²⁶⁸. Se han señalado omisiones muy serias en la metodología de elaboración de DB “producto de un entendimiento erróneo de la regulación”²⁶⁹; “si el índice de DB tomara en cuenta varias lecciones de la ciencia jurídica-se ha observado- se vería muy diferente”²⁷⁰.

Del análisis de sus propuestas de políticas públicas, se extrae que “el proyecto DB es la traducción de la Teoría del origen legal”²⁷¹ -ya expuesta en esta Comunicación- y de su conclusión “que la regulación en los países de common law es más eficiente y produce mejores resultados que la de los países de derecho civil”²⁷². “En regulación laboral -se indica- DB promueve cinco

²⁶⁷ GOLPE et al: Op. Cit. p.15

²⁶⁸Ibidem.

²⁶⁹ SANTOS, A.:Op. Cit., p.66

²⁷⁰Ibidem.

²⁷¹ SANTOS, A.:Op. Cit., p.56

²⁷²Ibidem.

reformas: 1) reducir el ámbito de la regulación laboral; 2) introducir contratos flexibles, part-time y de plazo fijo; 3) bajar el salario mínimo para nuevos contratados; 4) permitir a los empleadores distribuir el tiempo de trabajo sin pagar horas extras; 5) facilitar las regulaciones del despido, bajando las indemnizaciones, eliminando el preaviso, y ampliando los casos de ‘justa causa’ de despido”²⁷³. “Estas recomendaciones -se ha observado- se condensan en una propuesta muy simple: cambiar las regulaciones laborales de ‘derecho civil’ por reglas de ‘common law’”²⁷⁴. Más aún: en sus documentos oficiales, “DB atribuye el desempleo directamente a la ‘regulación laboral rígida’²⁷⁵; y por paradójico que parezca, para remediarlo “recomienda que los países adopten un régimen de despido libre”²⁷⁶.

Los principales cuestionamientos se han dirigido al “Indicador de Regulación del Mercado de Trabajo (Employing Workers Indicator-EWI)”, el sub-indicador laboral del Índice ‘Doing Business’ del Banco Mundial. Luego de importantes críticas de la academia, de la sociedad civil y de otras organizaciones internacionales, el Employing Workers Indicator fue sometido a tres severas revisiones técnicas: una evaluación independiente en 2008, un examen de un grupo consultivo en 2011 y una revisión por un panel independiente en 2013²⁷⁷. Estas revisiones determinaron que el Banco Mundial debía suspender el uso del EWI prácticamente para todo: no puede usarlo para calcular su Indicador agregado de DB; no puede usarlo para rankear los países; y no puede usarlo cuando formula cualquier asesoramiento sobre políticas públicas”²⁷⁸. Finalmente, el Banco no tuvo otra

²⁷³ SANTOS, A.:Op. Cit., p.58

²⁷⁴ SANTOS, A.:Op. Cit., p.60

²⁷⁵ SANTOS, A.:Op. Cit., p.59

²⁷⁶ SANTOS, A.:Op. Cit., p.56

²⁷⁷ ALEKSYNSKA, Mariya and CAZES, Sandrine: Comparing indicators of labour market regulations across databases: a post scriptum to the employing workers debate. ILO, Geneva, (2014), p. 1.

²⁷⁸ Ibidem

opción que someterse al veredicto técnico y suspendió su uso. “La decisión del Banco Mundial de suspender el EWI -se ha dicho-reconoció los problemas que surgen de medir sólo los costos de la regulación laboral y no sus beneficios”²⁷⁹

28. El CBR-LRI (Labor Regulations Index) es el Índice de Regulación Laboral desarrollado por un equipo internacional de investigadores basado en el Centre for Business Research de la Universidad de Cambridge; codifica variaciones en el período 1970-2013 en las leyes laborales de 117 países, que en conjunto representan más del 95% del PBI Mundial”²⁸⁰. Se lo define como “una respuesta a las cuestiones planteadas en economía laboral y ‘Derecho y Economía’ acerca del impacto de las leyes y regulaciones en el funcionamiento del mercado laboral, y más generalmente, en el desempeño económico de firmas, sectores y naciones”²⁸¹. El índice CBR-LRI codifica textos, y pretende medir los ‘efectos normativos’ de esos textos; a diferencia de otros índices e indicadores ya considerados aquí, no mide ni ‘costos’, ni el ‘rigor’ de las normas, ni su ‘rigidez’²⁸². “El CBR-LRI -se precisa- releva indicadores y construye índices a partir de textos legales y regulatorios según fueron ‘públicamente enunciados’”²⁸³. “CBR-LRI está basado en los textos oficiales de las leyes y regulaciones codificadas”²⁸⁴.

Se ha señalado que “así como los índices legales o institucionales se apoyan en ciertos supuestos teóricos, en general la literatura ve una cantidad de posibles efectos de la regulación laboral en la economía, dependiendo de las asunciones del modelo

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ ADAMS, Z. et al: Op.cit., p.1-2

²⁸¹ ADAMS, Z. et al: Op. Cit., p.8

²⁸² ADAMS, Z. et al: Op. Cit., p.9

²⁸³ ADAMS, Z. et al: Op. Cit., p.9

²⁸⁴ ADAMS, Z. et al. Op. Cit., p.11

subyacente”²⁸⁵ en cada caso, sea éste neoclásico, neo-institucionalista o post-keynesiano. “El CBR-LRI -se afirma- no asume que alguna de estas teorías sea necesariamente más correcta”²⁸⁶; pero “esto no significa -se agrega- que el índice no esté informado de algún modo por una teoría”²⁸⁷. “El supuesto central implícito en su diseño -se indica- es que las regulaciones que gobiernan las relaciones laborales individuales y colectivas pueden afectar el mercado laboral de varios modos”²⁸⁸. “La ley -continúa la explicación- así como otras regulaciones con fuerza normativa -como las convenciones colectivas- no es solo un filtro o un instrumento de otras fuerzas sociales; es un agente causal independiente, que puede cambiar el comportamiento de los actores económicos y sociales y alterar los resultados estructurales o agregados de la economía”²⁸⁹. “No podemos asumir-se agrega a continuación- en ausencia de otra evidencia, que estas normas imponen costos a las empresas; pueden hacerlo o no. Tampoco podemos asumir que las leyes laborales son efectivas, en la práctica, para proteger a los trabajadores”²⁹⁰.

“El CBR-LRI codifica cuarenta indicadores individuales de cinco áreas de la legislación laboral: (A) relación de empleo; (B) tiempo de trabajo; (C) despido; (D) representación sindical; y (E) conflicto industrial”²⁹¹, y elabora un subíndice para cada una de ellas; los subíndices están diseñados para ser agregados o promediados para elaborar un indicador total²⁹².

²⁸⁵ ADAMS, Z. et al: Op. Cit., p.8

²⁸⁶Ibidem.

²⁸⁷Ibidem.

²⁸⁸Ibidem.

²⁸⁹ ADAMS, Z. et al: Op. Cit., p.9

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ ADAMS, Z. et al: Op. Cit., p.10

²⁹² Ibidem.

29. La leximétrica, para testear la hipótesis del impacto económico de la legislación laboral “tiene que hacer un análisis de regresión para encontrar correlaciones y relaciones causales entre variables legales y económicas”²⁹³; con la expresa advertencia de que aunque “el hallazgo de una asociación entre un aspecto de la regulación laboral (por ejemplo, protección contra el despido) y una variable económica (por ejemplo, desempleo) indicaría que existe una potencial relación causal entre ellos, una simple asociación estadística en una regresión bivariada no puede ser usada para inferir causación”²⁹⁴. En ese sentido, se ha agregado que “desafortunadamente, pocas regularidades empíricas se encuentran cuando se aplica un análisis de sensibilidad honesto”²⁹⁵, aunque -se señala- “unas pocas regularidades robustas aparecen: los impuestos a la nómina reducen el empleo”²⁹⁶.

En la cuestión que constituye el objeto central de esta Comunicación, se ha destacado que, “contrariamente a estimaciones previas, se ha encontrado poca evidencia de una relación sistemática entre preaviso e indemnización por despido con el empleo o el desempleo”²⁹⁷. Así, por un lado “estudios económicos patrocinados por la OIT han señalado que las tasas de desempleo han aumentado independientemente del grado de regulación de mercado”²⁹⁸ Y por el otro, “al presentar los resultados del análisis econométrico de los efectos de la ley laboral en el desempleo, no se observa una relación ni de corto ni de largo plazo entre los valores generales del Índice de Regulación Laboral-LRI y el desempleo; y cuando se desagrega el LRI en subíndices, la falta de relación se confirma para la regulación del despido”²⁹⁹.

²⁹³ DEAKIN, S.: Op. Cit., p.17

²⁹⁴ Ibidem.

²⁹⁵ HECKMAN and PAGES: Op. Cit., p.53

²⁹⁶ Ibidem.

²⁹⁷ HECKMAN and PAGES: Op. Cit., p. 69

²⁹⁸ SANTOS, A.: Op. Cit., p. 52

²⁹⁹ DEAKIN, MALMBERG and SARKAR: Op. Cit., p.16

“Por tanto, tenemos evidencia suficiente para afirmar que las leyes que protegen a los trabajadores, en general no están relacionadas con los niveles de desempleo”³⁰⁰. “No hay -se concluye- una relación consistente, ni positiva ni negativa, entre la legislación laboral en general y el desempleo”³⁰¹.

Ya hemos señalado que el Banco Mundial ha debido dejar de usar el indicador laboral EWI y hemos explicado las razones. También hemos mencionado que “la OECD se ha replegado de lo que sostenía en el ‘Job Study’ de 1994”³⁰²; en efecto, en ‘Perspectiva del Empleo 2004’, advierte que “la evidencia del rol desempeñado por la regulación laboral protectora (EPL) en las tasas de empleo agregado sigue siendo mezclada y está lejos de ser conclusiva”³⁰³. Y de este resultado, se extraen dos conclusiones: por un lado, la recomendación política de “precaución hacia las propuestas de reformas legales que presionan por la remoción de las protecciones en el contrato de empleo”³⁰⁴, y por el otro, la orientación técnica de que “los investigadores se han inclinado a medir la legislación como un modo de medir sus impactos en los resultados sociales y económicos, tratando de evaluar qué tipo de instituciones legales es mejor para el desempeño económico”³⁰⁵.

En efecto, ésa es la posición de la literatura más actual. “Desde una perspectiva puramente metodológica -se ha señalado- la afirmación que la regulación laboral afecta el desarrollo económico y el crecimiento, y por lo tanto perjudica los intereses de aquellos que se supone quiere proteger, se basa en fundamentos sumamente débiles”³⁰⁶. Luego se agrega: “Los estudios empíricos

³⁰⁰ DEAKIN, MALMBERG and SARKAR: Op. Cit., p.17

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² SANTOS, A: Op. Cit., p.53

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ Ibidem.

³⁰⁵ Ibidem.

³⁰⁶ DEAKIN, S.: Op. Cit., p.20/21

que subyacen a aquella posición -que son viejos de décadas- usaban técnicas estadísticas que no eran especialmente avanzadas para su tiempo, y han sido superadas desde entonces”³⁰⁷. “Con las nuevas técnicas leximétricas -concluye- se pueden hacer análisis de regresión más complejos y realistas, y podemos lograr una mejor visión de los efectos económicos de la regulación laboral”³⁰⁸.

- V -

Tablas y Rankings de la Regulación Laboral

30. Se presentan en esta sección Tablas y Rankings de tres fuentes técnicamente representativas: los trabajos de Botero et al., de la OECD y de la Universidad de Cambridge; los fundamentos, características y críticas de todos los cuales ya se han considerado en esta Comunicación.

En ninguno de los tres la Argentina está ni entre los países con regulación laboral más intensa ni entre los que tienen más alta protección contra el despido. En cuanto a la regulación laboral en general, en el ranking de Botero et al. Argentina figura en el lugar 40 de 69, después de países europeos como España, Finlandia, Holanda, Francia y Alemania, así como de Brasil, Colombia, Chile, México y Perú en el subcontinente; y en el ranking de la Universidad de Cambridge está 25 de 117, después de Portugal, Francia, Italia, Noruega, Finlandia y Suecia, y a la par de España. En cuanto a la protección contra el despido, en el ranking de Botero et al. está 28 de 51, después de Portugal, Finlandia, España y Alemania, así como de México, Perú y Brasil; en el ranking de la OECD figura 31 de 62, después de Portugal, Holanda, Francia, Italia, Alemania y Suecia, así como de Bolivia y Chile en la región; y en el ranking de la Universidad de Cambridge, está en el puesto 35 de 96, después de Italia, Francia, Noruega, Holanda y España, y también de México, que pertenece a la OECD.

³⁰⁷Ibidem.

³⁰⁸Ibidem.

Cuando se consideran los indicadores desagregados, la posición relativa de Argentina se mantiene lejos de los extremos.

Tabla III
Botero, Djankov, La Porta, López de Silanes, Shliefer
Índice de Regulación Laboral
89 países – Ránking 1995-2000

Orden	País	Índice
1	Brazil	2.40
2	Panama	2.38
3	Portugal	2.36
4	Venezuela	2.32
5	Ukraine	2.24
6	Mozambique	2.23
7	Russian Fed.	2.21
8	Spain	2.18
9	Croatia	2.12
10	Kazakstan	2.07
11	Slovak Republic	2.02
12	Madagascar	2.01
12	Kyrgyz Republic	2.01
12	Mexico	2.01
13	Slovenia	2.00
14	Colombia	1.99
15	Poland	1.90
16	Greece	1.89
17	Armenia	1.88
18	Ecuador	1.86
19	Vietnam	1.83
20	Bolivia	1.82
21	Lithuania	1.81
22	Georgia	1.80

23	Egypt	1.78
23	Thailand	1.78
24	Latvia	1.77
24	Belgium	1.77
25	Tanzania	1.76
25	Romania	1.76
26	Indonesia	1.75
26	Taiwan	1.75
26	Median	1.75
27	Bulgaria	1.74
27	Turkey	1.74
27	Hungary	1.74
28	Finland	1.73
29	Malawi	1.72
29	Mali	1.72
30	Uganda	1.71
31	Tunisia	1.68
31	Netherlands	1.68
32	Peru	1.67
33	Senegal	1.66
34	Burkina Faso	1.65
34	Dominicana	1.65
35	China	1.62
36	Philippines	1.61
37	France	1.59

ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

38	Germany	1.57
39	Chile	1.56
40	Argentina	1.55
41	Italy	1.51
42	Sri Lanka	1.50
43	Jordan	1.46
44	Japan	1.42
45	Mongolia	1.38
46	Korea	1.36
47	Nigeria	1.35
48	Czech Rep.	1.31
49	India	1.30
50	Norway	1.29
51	Morocco	1.28
51	Israel	1.28
51	Switzerland	1.28
52	Uruguay	1.27
53	Canada	1.22
54	Kenya	1.21

55	Lebanon	1.20
56	Pakistan	1.17
57	Jamaica	1.16
58	Zambia	1.15
59	Ghana	1.13
60	New Zealand	1.06
61	Sweden	1.05
62	South Africa	1.04
62	Ireland	1.04
63	U.K.	1.02
64	Denmark	0.95
65	Australia	0.92
65	United States	0.92
66	Zimbabwe	0.87
66	Malaysia	0.87
67	Singapore	0.85
68	Austria	0.80
69	Hong Kong	0.76

Tabla IV
Botero, Djankov, La Porta, López de Silanes, Shliefer
Índice de Protección contra el Despido
 89 países – Ránking 1995-2000

Orden	País	Índice
1	Mozambique	0.71
1	Mexico	0.71
2	Peru	0.70
2	Portugal	0.70
3	Brazil	0.69
4	Ukraine	0.68
4	Russian Federation	0.68
5	Ecuador	0.67
5	Panama	0.67
6	Venezuela	0.64
7	Colombia	0.62
8	SlovakRep.	0.61
9	Kazakstan	0.59
10	Bolivia	0.57
10	Philippines	0.57
10	Finland	0.57
11	Madagascar	0.56
12	Jordan	0.55
13	Georgia	0.51
14	Tanzania	0.50
14	Uganda	0.50
14	Spain	0.50
14	Germany	0.50
15	Egypt	0.46
15	Poland	0.46
16	Slovenia	0.45
17	Malawi	0.44

17	Argentina	0.44
18	Vietnam	0.43
18	Indonesia	0.43
18	Thailand	0.43
19	China	0.42
19	Sri Lanka	0.42
19	Croatia	0.42
20	Latvia	0.41
21	Armenia	0.40
21	Lebanon	0.40
22	Sweden	0.39
23	Tunisia	0.38
24	Netherlands	0.37
25	KyrgyzRep.	0.36
26	Czech Republic	0.35
27	Lithuania	0.34
27	Taiwan	0.34
28	Dominicana	0.33
29	Bulgaria	0.31
29	Chile	0.31
29	France	0.31
30	Romania	0.30
30	Norway	0.30
31	Senegal	0.29
31	Greece	0.29
32	Nigeria	0.26
32	Korea	0.26
32	Switzerland	0.26

ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

33	Italy	0.24
34	Burkina Faso	0.23
35	Hungary	0.22
35	Belgium	0.22
36	Mali	0.21
37	Zimbabwe	0.20
37	Turkey	0.20
37	UK	0.20
38	Mongolia	0.19
38	India	0.19
38	Japan	0.19
39	Pakistan	0.18
39	Austria	0.18
40	Kenya	0.17
40	Canada	0.17

41	Ghana	0.16
41	South Africa	0.16
41	Israel	0.16
42	Australia	0.14
43	Jamaica	0.13
44	Ireland	0.12
44	Denmark	0.12
45	Morocco	0.11
45	Singapore	0.11
46	Malaysia	0.09
47	United States	0.08
48	New Zealand	0.04
49	Uruguay	0.03
50	Hong Kong	0.01
51	Zambia	0.00

Tabla V
OECD
Índice de Protección contra el Despido
 72 países, OCDE y Extra OECD
 Ranking 2014-2015

Orden	Países	Índice
1.	Indonesia	4,13
2	Venezuela	3,5
3	India	3,49
4	China	3,31
5	Kazakhstan	3,2
6	Thailand	3,03
7	Portugal	3,01
8	CzechRepublic	2,87
9	Russian Fed.	2,86
10	Netherlands	2,84
11	Tunisia	2,73
12	Bolivia	2,71
12	Malaysia	2,71
13	France	2,6
14	Bosnia-Herz.	2,59
15	Montenegro	2,58
16	Latvia	2,57
17	Italy	2,55
18	Chile	2,53
18	Germany	2,53
19	Sweden	2,52
20	Panama	2,43
21	Finland	2,38
22	Israel	2,35
23	Croatia	2,32
24	Korea	2,29
25	Luxembourg	2,28

26	Albania	2,24
27	Norway	2,23
27	Lithuania	2,23
28	Turkey	2,21
29	Poland	2,2
39	Belgium	2,14
31	Austria	2,12
31	Argentina	2,12
32	Denmark	2,1
32	Bahamas	2,1
32	Ecuador	2,1
33	Greece	2,07
33	Honduras	2,07
34	South Africa	2,06
35	Iceland	2,04
36	Slovenia	1,99
37	Dominicana	1,96
38	Spain	1,95
39	Uruguay	1,93
40	Mexico	1,91
40	Macedonia	1,91
41	Paraguay	1,9
42	Brazil	1,84
43	SlovakRepublic	1,81
44	Estonia	1,74
45	El Salvador	1,7
46	Costa Rica	1,68
47	Colombia	1,67

ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

48	Kosovo	1,67
48	Serbia	1,67
49	Jamaica	1,63
50	Japan	1,62
51	Saudi Arabia	1,61
52	Peru	1,6
53	Australia	1,57
54	Ireland	1,5
55	Switzerland	1,5

56	Hungary	1,45
57	Guatemala	1,42
58	New Zealand	1,41
58	Barbados	1,41
59	Nicaragua	1,37
60	UnitedKingdom	1,18
61	Canada	0,92
62	UnitedStates	0,49

Tabla VI
Universidad de Cambridge
Centre for Business Research
Índice de Regulación Laboral
 117 países – Ranking 2014

Orden	País	Índice
1	Montenegro	0,926214
2	Portugal	0,779901
3	Francia	0,7675236
4	Eslovenia	0,744664
5	Croacia	0,717397
6	Holanda	0,691192
7	Polonia	0,68128
8	Lituania	0,677643
9	Italia	0,6736728
10	Bulgaria	0,671526
11	Ecuador	0,656181
12	Noruega	0,656135
13	Finlandia	0,641183
14	Argelia	0,634099
15	Eslovaquia	0,633099
16	Letonia	0,632048
17	Rumania	0,629417
18	Suecia	0,625734
19	Corea	0,622294
20	Bolivia	0,621563
21	Bélgica	0,616489
22	Marruecos	0,61621
23	Luxemburgo	0,616041
24	Azerbaijan	0,61181
25	Argentina	0,6092142
26	España	0,6067342
27	Perú	0,605294
28	Hungría	0,602833

29	Uruguay	0,599369
30	Rep. Checa	0,595649
31	Angola	0,594845
32	Brasil	0,573823
33	Alemania	0,5717976
34	Moldavia	0,569294
35	Senegal	0,567183
36	Congo	0,549667
37	Camboya	0,549347
38	Túnez	0,547032
39	Gabón	0,54375
40	Austria	0,53973
41	Paraguay	0,532778
42	Bielorrusia	0,529698
43	Chipre	0,524448
44	México	0,5228254
45	Turquía	0,522623
46	Kirguistán	0,518115
47	Rusia	0,516869
48	Indonesia	0,516786
49	Nicaragua	0,516452
50	Armenia	0,516103
51	Macedonia	0,513268
52	Sudáfrica	0,513119
53	Venezuela	0,507582
54	Filipinas	0,506857
55	Camerún	0,505421
56	Panamá	0,501853
57	Ruanda	0,498437

ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

58	Islandia	0,49625
59	Kazakhstan	0,49573
60	Etiopía	0,49523
61	Paquistán	0,495111
62	Estonia	0,489829
63	Srilanka	0,489079
64	Israel	0,486851
65	Egipto	0,484766
66	Mali	0,483016
67	Dinamarca	0,482207
68	Honduras	0,481448
69	Chile	0,48038889
70	Colombia	0,475425
71	Jordania	0,475179
72	India	0,474748
73	Costa de Marfil	0,471524
74	Namibia	0,471278
75	Irlanda	0,466806
76	Serbia	0,464746
77	Uganda	0,453794
78	Malta	0,45296
79	Costa Rica	0,449913
80	China	0,448389
81	Ghana	0,441125
82	Yemen	0,437675
83	Taiwán	0,437258
84	Bangladesh	0,431492
85	Grecia	0,429879
86	Siria	0,427413
87	Dominicana	0,42604

88	Suiza	0,422925
89	Botswana	0,416063
90	Ucrania	0,410063
91	Tailandia	0,404012
92	Kenia	0,398921
93	Lesoto	0,395492
94	Cuba	0,39369
95	Singapur	0,387599
96	Santa Lucía	0,370845
97	Japón	0,367024
98	Canadá	0,3634602
99	Georgia	0,358798
100	Tanzania	0,355016
101	Malasia	0,352008
102	Mongolia	0,34698
103	Emiratos	0,34492
104	Irán	0,34094
105	Sudán	0,324944
106	Reino Unido	0,322103
107	Vietnam	0,311651
108	Qatar	0,308401
109	Zambia	0,305258
110	Afganistán	0,302702
111	Zimbabue	0,296448
112	Birmania	0,296389
113	Arabia Saudita	0,295012
114	Nigeria	0,261056
115	Nueva Zelanda	0,2588214
116	Australia	0,251763
117	EEUU	0,121238

Tabla VII
Universidad de Cambridge
Centre for Business Research
Índice de Protección contra al Despido
 117 países – Ranking 2014

Ord	País	Índice
1	Angola	0,863333
2	Polonia	0,852222
3	Vietnam	0,821111
4	México	0,815556
5	China	0,814444
5	Túnez	0,814444
6	Paquistán	0,805556
7	Italia	0,802222
8	Eslovenia	0,8
9	India	0,796667
10	Lituania	0,77
11	Ucrania	0,768889
12	Francia	0,763333
13	Marruecos	0,744444
14	Azerbaijan	0,733333
15	Egipto	0,732222
16	Congo	0,713333
17	Irán	0,696667
17	Rusia	0,696667
18	Venezuela	0,694444
19	Noruega	0,688889
20	Senegal	0,685556
21	Holanda	0,678889
22	España	0,677778
23	Gabón	0,67
24	Bielorrusia	0,667778
25	Montenegro	0,667143
26	Eslovaquia	0,65889
27	Bangladesh	0,658889

27	Rep. Checa	0,658889
28	Rumania	0,653333
29	Botswana	0,648889
30	Suecia	0,647778
31	Corea	0,631111
32	Indonesia	0,63
33	Argelia	0,628889
34	Kirguistán	0,621111
34	Portugal	0,621111
35	Argentina	0,62
36	Sudán	0,612222
37	Perú	0,611111
338	Afganistán	0,593333
39	Ecuador	0,583333
40	Taiwán	0,581111
41	Estonia	0,58
42	Serbia	0,574444
42	Yemen	0,574444
42	Armenia	0,574444
43	Paraguay	0,568889
44	Panamá	0,564444
45	Hungría	0,556667
46	Camboya	0,555556
46	Croacia	0,555556
46	Finlandia	0,555556
47	Malta	0,554444
48	Etiopía	0,552222
49	Camerún	0,548889
50	Zimbawe	0,547778
51	Letonia	0,546667

ANALES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

51	Sudáfrica	0,546667
52	Malasia	0,541111
52	Luxemburgo	0,537778
53	Bulgaria	0,536667
53	Cuba	0,536667
53	Srilanka	0,536667
53	Alemania	0,536667
54	Turquía	0,532222
55	Siria	0,527778
56	Filipinas	0,52
57	Bolivia	0,518889
57	Zambia	0,518889
57	Chipre	0,517778
59	Namibia	0,508889
60	Jordania	0,5
61	Israel	0,491111
61	Moldavia	0,491111
61	Qatar	0,491111
62	Lesoto	0,488889
63	Ruanda	0,481111
64	Kenia	0,478889
65	Nicaragua	0,463333
66	Kazakhstan	0,462222
66	Mongolia	0,462222
67	Honduras	0,457778
68	Austria	0,452222
68	Mali	0,452222
69	Emiratos	0,448889
70	Dominicana	0,445556
71	Bélgica	0,444444

71	Chile	0,444444
71	Reino Unido	0,444444
72	Ghana	0,425556
72	Macedonia	0,425556
73	Irlanda	0,417778
74	Arabia Saudita	0,416667
75	Islandia	0,41
76	Nigeria	0,407778
77	Tailandia	0,406667
78	Colombia	0,394444
79	Dinamarca	0,37
79	Nueva Zelanda	0,37
80	Australia	0,36889
81	Grecia	0,361111
82	Costa de Marfil	0,353333
83	Uganda	0,351111 1
84	Santa Lucía	0,343333
85	Tanzania	0,342222
86	Japón	0,333333
87	Suiza	0,324444
88	Canadá	0,314444
89	Georgia	0,276667
90	Singapur	0,258889
91	Brasil	0,222222
92	Birmania	0,184444
93	Uruguay	0,166667
94	EEUU	0,153333
95	Costa Rica	0,147778

- VI -

Conclusiones

- 1) La economía convencional es hostil a la regulación laboral; considera que determina rigideces que impiden la creación de empleos y generan desempleo; la solución que propone es la flexibilización y la desregulación; la teoría económica basada en modelos de equilibrio general sustenta esta posición. La crítica de la economía convencional a la regulación laboral asume una situación inicial (antes de la intervención de la regulación) de tres supuestos: mercado laboral en equilibrio y pleno empleo (cualquier regulación rompe el equilibrio y el pleno empleo); funcionamiento auto-equilibrante del mercado laboral (cualquier regulación impide el equilibrio); inexistencia de costos de transacción (el intercambio en el mercado funciona con ‘costo cero’).
- 2) La economía neoclásica considera que la protección del empleo tiene un alto costo: renuencia del empleador a contratar. Sostiene que las regulaciones crean ineficiencias y rigideces que deberían eliminarse por desregulación. Este es el argumento de la “flexibilidad laboral”: posibilidad del empleador de modificar la plantilla según sus necesidades. Se le hacen importantes objeciones teóricas: la supuesta relación causal entre rigidez y desempleo es entre tenue e inexistente, y hay experiencias de flexibilización que no tuvieron efecto en el empleo. La relación causal regulación/desempleo ha perdido pie. La OIT ha señalado que el desempleo aumenta con independencia del nivel de regulación. La OECD, dice que la evidencia del rol de la regulación en el desempleo es mezclada e inconclusiva.
- 3) El concepto analítico fundamental del AED neoclásico es el “modelo de mercado laboral de competencia perfecta”, que no deja espacio para la regulación. Pero ese modelo no siempre representa el mercado laboral del mundo real, por varios factores: información escasa y costosa, restricciones de movilidad geográfica, no homogeneidad de trabajos y de trabajadores, monopsonio; determinan “fallas de mercado” que abren el espacio para la regulación laboral. El AED

neoclásico se ha defendido bien de las objeciones, pero sus defensas pierden fuerza cuando se incluyen los “costos de transacción” en el análisis. La economía convencional no los considera porque asume que el intercambio de mercado funciona a “costo cero”; por eso Douglass North dice que la teoría neoclásica es solo media teoría.

- 4) En un mundo sin costos de transacción, el mercado laboral es una imposibilidad lógica; pero en la realidad los costos de transacción son positivos y los mercados laborales sí existen, en un contexto de racionalidad limitada, problemas de agencia, externalidades, riesgo moral, y contratos incompletos; por tanto, los mercados laborales son imperfectos. En ese mundo de costos de transacción cero, el desempleo no friccional también es una imposibilidad lógica; pero en el mundo real de costos de transacción positivos, el desempleo involuntario es la condición normal del mercado laboral. Mercados imperfectos requieren instituciones adecuadas para funcionar bien. La cuestión no es si regular o no regular, sino qué tipo de regulación es necesaria.
- 5) La cuestión regulación/desregulación no puede ser resuelta a priori; requiere análisis empíricos; dejar hablar a los hechos; para ello, son necesarias técnicas científicas adecuadas para determinar relaciones causales entre variables legales y variables socioeconómicas. Para incorporar elementos empíricos al análisis se usa la ‘leximétrica’, una técnica para medir el contenido de las reglas legales y codificarlo para tratamiento estadístico y para construir indicadores. La validez técnica de los indicadores exige estricto rigor metodológico; sobre todo, definir bien ‘qué se mide’.
- 6) El EPL de la OECD, mide ‘rigor’ de la regulación; el de Botero et al., mide ‘costos’; y el CBR-LRI de la Universidad de Cambridge, mide ‘contenidos’. El EPL tiene 21 ítems, referidos a despido individual, despido colectivo y contratos temporarios; Botero et al. tiene 75 ítems, abarca empleo, relaciones industriales y seguridad social; y el

CBR-LRI tiene 40 variables que abarcan empleo, tiempo de trabajo, despido, representación sindical y relaciones industriales. En ninguno de los tres Argentina está entre los países que tienen regulación laboral más intensa ni mayor protección contra el despido: Alemania, Francia, Italia, España, Portugal y Finlandia tienen niveles más altos. La afirmación de que los ‘países que funcionan’ desregulan, tampoco se sostiene.

- 7) Se ha encontrado poca evidencia de relación sistemática entre preaviso e indemnización por despido con el desempleo. Estudios de la OIT encontraron que el desempleo aumenta con independencia del nivel de regulación; estudios de la OECD encontraron que los supuestos efectos negativos de la regulación laboral, o son muy pequeños o no existen; estudios en LA –incluida Argentina– encontraron poca evidencia de una relación sistemática entre la indemnización y el preaviso con el empleo y el desempleo; y el análisis econométrico no encuentra relación entre los valores generales del CBR-LRI y el desempleo, y cuando se desagrega, la falta de relación se confirma para la regulación del despido. Hay evidencia suficiente para afirmar que en general la regulación laboral no está relacionada con los niveles de desempleo.
- 8) No se verifica una relación consistente, ni positiva ni negativa, entre la regulación laboral y el desempleo; sus efectos dependen de procesos más allá del sistema legal y no se pueden hacer asunciones a priori sobre su impacto en el desempeño económico o en el desempleo. La afirmación que la regulación laboral afecta el desarrollo económico y el crecimiento, y por lo tanto perjudica los intereses de aquellos que se supone quiere proteger, se basa en fundamentos sumamente débiles. Los resultados de los estudios de la OIT, de la OECD y de buena parte de la literatura reciente aconsejan precaución hacia las propuestas de reformas legales que presionan por la remoción de las protecciones en el contrato de empleo, como la panacea para un mejor desempeño económico.