

SOBRE LAS NUEVAS CONTRATACIONES LABORALES

Carlos REYNOSO CASTILLO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto. III. Contexto. IV. Clasificación. V. Importancia cuantitativa del fenómeno. VI. Tratamiento jurídico del fenómeno. VII. Efectos. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Con estas notas, más que presentar los resultados de amplias investigaciones sobre los cambios y las tendencias en materia de contrataciones individuales de los últimos años, nos proponemos ofrecer una serie de ideas que permitan alimentar y ordenar el análisis y el debate sobre el tema aquí planteado.

Inicialmente conviene hacer mención de algunas premisas que como marco de referencia deben ser tomadas en cuenta en un estudio de lo que se ha dado en llamar “las nuevas contrataciones laborales”.

La primera de ellas se refiere a los términos. La expresión “nuevas contrataciones” o “nuevas modalidades de contratación”, más que una novedad, se refiere a un fenómeno que se da a partir del aumento cuantitativo en las formas de contratación individual, unas contenidas en las legislaciones laborales y otras no, siendo novedoso este proceso porque se caracteriza por un uso intensivo y extensivo de contratos excepcionales o atípicos.

La segunda premisa a tomar en cuenta, se refiere a la conexión de este fenómeno con un proceso que se viene dando a nivel mundial denominado “flexibilización de las relaciones laborales”, y de manera particular de las normas jurídicas que regulan el trabajo y que también forman parte de lo que se ha dado en llamar “las grandes transformaciones

1 Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Autónoma Metropolitana. Asesor laboral.

del derecho del trabajo”. Es de considerarse que estos cambios tienen mucho que ver con el contexto económico en el cual las normas laborales pretenden aplicarse, y de manera particular las transformaciones del mercado de trabajo, en donde se advierte un aumento del desempleo y en el cual la adopción de algunas de esas nuevas formas de contratación individual son presentadas como una de las estrategias para abatirlo.

Como tercera premisa a considerar, tenemos el contexto de los “cambios en los procesos productivos”, ya decía el profesor Jean-Claude Javillier que “el derecho del trabajo tropezó de golpe con los cambios tecnológicos y la crisis económica”, lo que inevitablemente repercute en las modalidades de contratación.

Ante este contexto, en el debate de fondo, como dice Ermida Uriarte, se confronta la tradicional concepción del derecho del trabajo protector, a una especie de contra-teoría, encabezada sobre todo por economistas, según la cual la introducción de protecciones laborales es inconveniente, por considerarlas nocivas para la economía en su conjunto.

En lo personal nos parece que asistimos, por lo menos en América Latina, a un proceso de reforma laboral que ha afectado a los más diversos campos e instituciones de esta rama del derecho.

En este debate en el cual se ha situado al derecho del trabajo en los últimos años, dos de las figuras que siempre se presentaron como prototípicas de rigidez y, por ende, como obstaculizadoras del empleo, fueron algunas manifestaciones de la estabilidad en el trabajo: por un lado, la duración de los contratos individuales (donde predominó la contratación por tiempo indeterminado) y, por el otro, el régimen del despido individual. A los cambios operados en el primero de estos temas se le denominó “flexibilidad de entrada”, mientras que al segundo se le llamó “flexibilidad de salida”.

En esta exposición, al referirnos a las nuevas contrataciones, centramos nuestra atención sobre todo en el primero de estos dos aspectos y sugerimos para abordarlo los puntos siguientes: concepto, contexto, clasificación, importancia del fenómeno, tratamiento jurídico del tema y, por último, efectos.

II. CONCEPTO

Muchas han sido las denominaciones utilizadas para simbolizar el fenómeno que nos ocupa: contratación precaria, contratación flexible, trabajos atípicos, pluralidad o nuevas modalidades de contratación individual; en todos los casos se trata, o bien de situaciones que escapan al derecho del trabajo, o bien al rompimiento del esquema tradicional de contratación que daba al tiempo indeterminado un papel relevante.

Todos estas expresiones y calificativos, parten de una premisa y que es la proliferación de contrataciones laborales que se alejan del “estándar” que la legislación laboral ha dibujado, a saber, trabajador estable con contrato indeterminado, derechos adquiridos, etcétera, pero como ya se indicaba, más allá de la denominación, dos nos parecen los rasgos distintivos del fenómeno, a saber:

- Uso intensivo de contrataciones excepcionales, y/o
- Uso de modalidades ajenas al derecho del trabajo.

Es por lo anterior que, más que elaborar un concepto de nuevas formas de contratación, conviene hablar de formas de debilitamiento de la estabilidad en el empleo.

III. CONTEXTO

Ante un panorama mundial caracterizado por crisis económicas y variantes políticas originados por la caída del Muro de Berlín, se han creado cambios y ajustes estructurales tanto a nivel macroeconómico como a nivel microeconómico.

Pareciera que a nivel macroeconómico se ha buscado un reacomodo de la participación del Estado en la economía ante el crecimiento del desempleo y del sector informal, y a nivel microeconómico, el cambio de los viejos modelos de producción fordistas y tayloristas, en la búsqueda de nuevas formas de organización de los procesos de trabajo. Es en este contexto que la legislación sería vista como obsoleta y desadaptada.

Cuando se hace un análisis histórico y en perspectiva, se constata que las cosas no siempre fueron así, hay que recordar que el contexto eco-

nómico favorable permitió a los países dotarse, sobre todo después de la segunda guerra mundial, de un marco legal en que la contratación por tiempo indeterminado y el cálculo de las prestaciones en función de la antigüedad, fueron criterios rectores de las legislaciones laborales.

Sin embargo, en la década de los años ochenta eso cambió como podemos advertir con algunas estadísticas referidas a la región latinoamericana y que son representativas del nuevo panorama dentro del cual tienen su nacimiento las nuevas contrataciones:

- Según datos de la OIT, refiriéndose a la región latinoamericana, en 1999 aproximadamente el 25% de los trabajadores laboraba sin contrato y sin protección, estando algunos de estos asalariados localizados en el sector económico informal.
- En la misma región y en el mismo periodo, cerca de 76 millones de trabajadores no están cubiertos por sistemas de seguridad social, lo que equivale al 38.4% de los asalariados.
- Conforme a las estadísticas de la misma, las mujeres perciben en promedio el 64% de lo que reciben los hombres, lo que es bastante representativo respecto a los años anteriores porque si bien han existido avances, sigue siendo un tema sensible debido a que la brecha es más acentuada tratándose del sector económico informal.

Este contexto se caracteriza por un debilitamiento o ausencia de la protección laboral a los trabajadores, y es precisamente en ese marco en el cual se empieza a hablar de las nuevas contrataciones individuales.

IV. CLASIFICACIÓN

Como decíamos al inicio, podemos hablar de contrataciones en el esquema tradicional y de contrataciones novedosas.

Frente a la forma tradicional de contratación individual que prioriza la duración indeterminada, han habido tres variantes por medio de las cuales este esquema de contratación ha venido cambiando y creciendo y que son los siguientes:

a) Interna e intensiva. Siendo la realizada en el mismo marco del esquema tradicional de contratación individual, en este caso la novedad ha consistido en el aumento de los contratos excepcionales, ya por tiempo

u obra determinada. La doctora Kravaritou hablaba de las formas bajo contrato para referirse a esta modalidad.

b) Interna y extensiva. Es la fomentada por la vía legislativa, pero en el marco del derecho del trabajo (mediante reformas a los códigos laborales, o mediante decretos expedidos al efecto), aumentando los casos de excepción a la regla de tiempo indeterminado.

c) Externa y abusiva. Es la que es fomentada y tolerada fuera de los marcos del mismo derecho del trabajo, por ejemplo, por la vía de las contrataciones civiles, verbigracia contratación para prestación de servicios profesionales, o bien haciendo aparecer como legales algunas modalidades de encubrimiento de la relación laboral o de terciarización.

V. IMPORTANCIA CUANTITATIVA DEL FENÓMENO

Para intentar determinar el impacto e importancia de las nuevas formas de contratación es preciso hacerlo desde distintos ámbitos. A nivel mundial este fenómeno adquirió relevancia sobre todo en los años setenta y con mayor intensidad en algunos países ya en los años ochenta.

Así tenemos que en el año de 1987, menciona el profesor Albuquerque, en países como Portugal cerca del 66% de las nuevas contrataciones correspondía a la modalidad de tiempo determinado, en Suecia el 48%, y finalmente España, cuya experiencia creó todo un catálogo de contrataciones temporarias que sirvió de modelo en varios países latinoamericanos, sobre todo durante la década de los años ochenta.

Hablando del caso español, este fenómeno dio un gran salto a partir del Acuerdo Interfederal para la Estabilidad en el Empleo y su recepción legislativa por Reales Decretos leyes 8 y 9 de 1997, ahí se supusieron reformas puntuales de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y donde se mantiene o se incorporan modalidades de contratación laboral, entre ellas: contrato para la formación, contrato fijo discontinuo, contrato de relevo, contrato de trabajo en prácticas, contrato a tiempo parcial y, caso interesante, el nuevo contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida de 1997. Cabe destacar que a pesar de que el empleador de carácter indefinido creció en 1997, también lo hizo el temporal, aunque por una diferencia de casi un punto porcentual.

Hablando del caso latinoamericano, debido a la promulgación de la Ley Panameña 1/1986, la que se ha considerado como la primera ley

flexibilizadora de la región y que amplió de 2 a 3 meses el periodo de prueba y dejó fuera del código laboral a los trabajadores a domicilio, se inspiraron otras legislaciones de la región, creándose varias reformas en la materia hacia finales de los años ochenta e inicios de los noventa, así tenemos que en Colombia con la Ley 50, vigente a partir de 1991, en donde se autorizó el funcionamiento de empresas de servicios temporales, se facilita la contratación precaria o a plazo fijo. En igual situación se encontró Ecuador con la Ley 133 de noviembre de 1991, en donde se ampliaron las posibilidades de celebrar contratos de trabajo precarios o de duración determinada.

En Argentina, la Ley Nacional del Empleo de 1991, habló de contrato a plazo fijo, contrato eventual, contrato por lanzamiento de nueva actividad, contratos a tiempo parcial, etcétera.

En Perú, la Ley de Fomento al Empleo de 1991 (en particular la Ley de Productividad y Competitividad) abre una gama de posibles contrataciones temporales: por inicio o lanzamiento de una nueva actividad, por necesidades del mercado, por reconversión empresarial, contrato ocasional, contrato de suplencia, contrato de emergencia, contrato intermitente, de temporada, etcétera.

En Uruguay, de manera más reciente, el sector de los jóvenes que se incorporan al mercado de trabajo ha estado particularmente en la mira. La Ley 16.783 de 3 de octubre de 1997, señaló diversas modalidades específicas de contratación para este sector, como contrato de práctica laboral para egresados, becas de trabajo y contrato de aprendizaje. Fue una Ley consensada entre los sectores interesados, donde las empresas que cumplieran ciertos requisitos (pago regular de contribuciones, no haber despedido trabajadores, que el porcentaje de contratados bajo las nuevas modalidades sea menor de 20%, etcétera), tendrían beneficios como exoneraciones sobre aportaciones patronales del régimen jubilatorio al seguro social de enfermedad. Además se creó el Registro de Contratos de Formación e Inserción Laboral dependiente de el Ministerio de Trabajo, creando con ello un mecanismo muy controlado.

En todos estos casos detectamos que hay cuatro elementos que sobresalen y están más o menos presentes en los nuevos esquemas de contratación planteados, y que son:

- Incentivos a la contratación.
- Controles administrativos.

- Limitaciones de diverso orden.
- Consensos para la adopción y puesta en práctica del esquema.

En el caso de México, tenemos como antecedente de estas nuevas formas de contratación el artículo 218 de la Ley Federal del Trabajo de 1931, que definió y reglamentó el “contrato de aprendizaje”, donde el compromiso incluía señalar un arte u oficio y la remuneración convenida. Esta figura se suprimió en la Ley de 1970.

De manera general las cifras del mercado de trabajo en México en los últimos años no nos permiten ser optimistas respecto a las tendencias de este fenómeno, y si ponen de manifiesto el gran reto del país para los años por venir, los siguientes datos pueden ser ilustrativos:

Conforme a la Encuesta Nacional de Empleo (ENE) de 1997, la Población Económicamente Activa (PEA) en 1997 correspondía a 38'345,000. De ella, el 57% de los asalariados no contaba con prestación social alguna y el 46% sólo tenía un “contrato verbal”, además que una categoría identificada como “asalariados sin prestaciones”, pasaron de 5'627,055 en 1991, a 9'189,477 en 1997; casi se duplicó.

Otras de las cifras representativas nos las proporciona el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) que arrojan que en 1977 del total de empleos urbanos asegurados, el 88% eran de carácter permanente y el 12% eventuales. En 1980 los empleos eventuales correspondían al 17%; estas variaciones se hacen más evidentes si sólo se consideran los nuevos empleos creados; así, tenemos que en 1987, de los 794 mil nuevos trabajadores registrados en el IMSS, el 63% correspondía a trabajadores permanentes, mientras que el 37% son eventuales.

Si bien las estadísticas del IMSS siguen mostrando un predominio de la contratación por tiempo indeterminado, se puede constatar un aumento de la contratación de eventuales. Por ejemplo, en 1994 se tenían registrados 1'268,219 trabajadores eventuales, mientras que a marzo de 1999 ese número pasó a 1'438,794 y ya no exclusivamente ubicados en la industria de la construcción como era tradicional.

Las últimas cifras de que disponemos del IMSS establecen que en el primer semestre de 1999, se generaron 326 mil empleos, de los cuales aproximadamente 60% eran permanentes y 40% temporales; tendencia que se mantuvo hacia finales de ese año.

Además de las evidencias anteriores tenemos que algunos estudios estiman que a partir del año 2000, entre 3 y 1.9 millones de personas

pasarán al mercado informal y una pequeña fracción de éstos al desempleo. Si esto llega a concretarse, entonces el sector informal representará cerca del 44% del empleo urbano total.²

VI. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL FENÓMENO

El análisis que corresponde al tratamiento jurídico de las nuevas contrataciones, creemos conveniente realizarlo a partir de cuatro diferentes escalas:

- a) Constitucional.
- b) Legal o legislativo.
- c) Convencional.
- d) Internacional.

1. *Constitucional*

Si bien la mayoría de las Constituciones latinoamericanas no hacen referencia expresa al tipo de contrato de trabajo, sí se señala que no se permitirán actos que se traduzcan en restricciones a la protección acordada en las leyes laborales.

2. *Legal o legislativo*

Las leyes reconocieron el principio de tiempo indeterminado, esquema hoy en crisis. En el plano legal esta crisis se ha manifestado en por lo menos dos vertientes: una reglamentarista, haciendo uso intensivo de las normas excepcionales ya existentes, y otra, de precarización provocada con una nueva normatividad, que como ya se veía se da en el marco o fuera del derecho del trabajo y que en ambos casos se traduce en los aumentos de la contratación excepcional.

3. *Convencional*

Tradicionalmente, la regulación de la contratación individual se ha reservado al legislador y no a las partes en un contrato colectivo, sin

² Cfr. Grupo de internacionales "Perspectivas del empleo nacional hacia el siglo XXI", *La Jornada*, 27 de junio de 1999.

embargo ha habido casos en donde la negociación colectiva ha sido una herramienta de precarización del empleo, como el que se presentó en la empresa General Motors en 1989, donde el empleador propuso aumentar el porcentaje de los trabajadores eventuales.

4. *Internacional*

En materia de convenios de la OIT, el debate que desde los años ochenta giró en torno a la necesidad de saber si los convenios eran aplicables o no a la totalidad de las formas de empleo y si las nuevas contrataciones precarias serían una suerte de posible excepción de las normas internacionales. El Convenio 158 sobre la estabilidad en el empleo, aunque se dirige a todos los trabajadores, admite excepciones, como la duración determinada y para tareas específicas.

VII. EFECTOS

Los efectos de las nuevas contrataciones laborales bien podemos ubicarlas dentro del marco legal o fuera de él.

a) Dentro del marco legal. En las relaciones individuales, pareciera que se fortalece el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que vulnera la estabilidad en el empleo y en general las condiciones de trabajo.

En materia colectiva, estas contrataciones son a veces elementos desestabilizadores porque los sindicatos trabajan generalmente con la figura del trabajador estable.

En materia de seguridad social, la protección de estos trabajadores o no se manifiesta o sencillamente se da de manera limitada en razón a que los conceptos con que opera, se basan en el principio de la duración indeterminada de la relación laboral. Cabe destacar que la incidencia de siniestros pareciera haber aumentado en el caso de trabajadores temporales.

b) Fuera del marco legal. En algunos países se ha detectado que hay ciertos grupos sociales que participan de manera más activa en este tipo de contrataciones como son los jóvenes, mujeres, jubilados entre otros, acarreando diversas consecuencias en el ámbito social, económico y político, efectos éstos cuyo impacto debiera ser objeto de un análisis puntual.

VIII. CONCLUSIONES

Es en este rubro que deseamos sugerir algunas ideas para profundizar en el debate en torno a este tema y que son las siguientes.

En algunos casos pareciera estar cobrando nuevo vigor el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y con ello una especie de regreso al derecho civil, como espacio jurídico que la “modernidad” está utilizando para el fortalecimiento de las empresas. Se trata de un debate que hoy día cobra actualidad.

En la mayoría de los países en donde se han dado cambios al sistema de contratación individual, el argumento utilizado y recurrente, como se indicaba al inicio, es que esos cambios permitirán abatir el desempleo, sobre esto el profesor Lyon-Caen decía: “la conversión del derecho del trabajo como un instrumento de política de empleo sólo ha conocido fracasos y en muchos casos ha tenido un efecto perverso. El efecto de esos cambios sobre el desempleo, ha sido más bien discreto”. Apoyándonos en estas consideraciones, creemos que, si bien es cierto que la modificación del marco legal puede ser un elemento que apoye una política económica y laboral para enfrentar el desempleo, no es el único instrumento y tal vez el menos importante. Los empleos no se crean por decreto, ello depende de una economía sana y en crecimiento, en donde el marco legal en el mejor de los casos podría verse tan sólo como una variable.

En perspectiva, en el caso mexicano, deseamos anotar que en el ya viejo debate en torno a la posible reforma a la Ley Federal del Trabajo, en el proyecto del Partido Acción Nacional, el contrato de trabajo puede incluir un periodo de prueba, no mayor de un mes y en casos excepcionales hasta de dos meses, se amplía el concepto de trabajo eventual, para incluir en él, casos como la realización excepcional de obras o la prestación de servicios excepcionales a las actividades normales del empleador, el incremento temporal de la fuerza de trabajo por exigencias circunstanciales del mercado, exceso de pedidos, caso de mantenimiento o reparación de una casa habitación. Independientemente de algunas dudas puntuales (como por ejemplo si nos preguntamos si un trabajador contratado como eventual podría tener un periodo de prueba ya que no se distingue que el periodo sea sólo para los trabajadores contratados bajo la modalidad de tiempo indeterminado), nos parece que se trata de

una propuesta interesante que conviene analizar con detenimiento, en ese análisis conviene tener presentes la experiencia, algunas fallidas, de países con similar desarrollo al nuestro.

En todo caso, nos parece que el análisis de una propuesta de cambio a la legislación laboral en este tema, tiene que estar precedida de una discusión sobre aquellos aspectos que de manera recurrente aparecen en los sistemas jurídicos que han hecho cambios en este terreno y que son:

a) Definición clara de cuáles serían algunos incentivos a la contratación.

b) Precisión de los límites y controles, tanto judiciales como administrativos, sobre las contrataciones.

Independientemente de que este tipo de cambios, de ser el caso, deberá ir acompañado de los más amplios consensos posibles, tanto para su adopción, como para su puesta en práctica, la inclusión de estos dos elementos nos parece de vital importancia.

La búsqueda del equilibrio entre los intereses presentes en las relaciones laborales, es tal vez la luz que debiera guiar cualquier intento de cambio legislativo en la materia, no concebir así el futuro de temas claves como la contratación individual estaría garantizando la inviabilidad y el fracaso de eventuales reformas.