

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



Cuestionando las premisas de la regulación laboral: ¿era necesario que el derecho laboral se escinda del derecho civil?

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTOR

Robinson Olivera Mendieta

ASESOR

Ernesto Alonso Aguinaga Meza

Enero, 2019

RESUMEN EJECUTIVO

Las discusiones sobre regulación laboral están delimitadas por distintos dogmas. El objetivo es examinar si esos dogmas tienen alguna lógica coherente o datos empíricos de sustento. Dentro de esos dogmas podemos encontrar proposiciones como que el libre mercado sin regulación laboral permite la explotación del trabajador, o que la Revolución Industrial es la prueba de los abusos que el capitalismo salvaje puede promover. Se considera que las leyes del mercado pueden llegar a generar situaciones despreciables, por tanto el Estado tendría el deber impedir que estas leyes de la economía permitan al empleador tratar al trabajo humano como a cualquier otro insumo en la producción de un bien o la prestación de un servicio. El presente trabajo de investigación cuestiona las principales premisas que sirven de fundamento a la regulación laboral. Se han identificado tres premisas. Dos premisas vinculadas a la economía, como lo son la teoría de la plusvalía (difundida por Karl Marx) y que la asimetría de poder se puede compensar mediante la regulación laboral. Una premisa moral, la cual consiste en la búsqueda de la igualdad, bajo la consigna de combatir las brechas de la desigualdad. Durante el desarrollo de la investigación se demuestra lo equivocadas que resultan estas tres premisas, y que los dogmas se basaron en prejuicios provenientes del desconocimiento sobre cómo funciona el libre mercado y de cómo se le atribuye el valor a los bienes. Por tanto, si la regulación laboral no tiene fundamentos para continuar vigente, lo conveniente tanto como para empleadores, trabajadores y consumidores en general es que esta sea derogada. Los razonamientos planteados tienen como insumo los datos aportados por historiadores económicos y la lógica económica proveniente de la Escuela Austríaca de la Economía.

Cuestionando las premisas de la regulación laboral: ¿era necesario que el derecho laboral se escinda del derecho civil?

Tabla de contenido

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| RESUMEN EJECUTIVO | 1 |
| I. Introducción | 4 |
| II. ¿Qué entendemos por Derecho Laboral? | 9 |
| 1. ¿Qué características debe tener el trabajo que se regula en el Derecho Laboral? | 9 |
| 2. ¿Qué es el contrato de trabajo? | 9 |
| 3. Elementos esenciales de la relación jurídica laboral | 10 |
| III. Lógica económica y concepción del liberalismo | 11 |
| 1. Sobre el mercado | 11 |
| 2. Sobre las leyes de la economía..... | 11 |
| 1) La escasez..... | 11 |
| 2) Demanda..... | 11 |
| 3) Oferta | 12 |
| 4) Agente económico | 12 |
| 5) Externalidades | 13 |
| 6) Costo económico | 13 |
| 7) Precio..... | 13 |
| 3. Sobre la economía de mercado..... | 14 |
| 1) Sobre nuestra concepción del liberalismo..... | 16 |
| IV. Revolución industrial y las condiciones del trabajador | 21 |
| 1. ¿Cuándo inició la Revolución Industrial? | 21 |
| 2. Las condiciones de la sociedad y el trabajador durante la Revolución Industrial: ¿mejoraron o empeoraron? | 21 |
| V. ¿Sobre qué premisas se fundamenta el Derecho laboral? | 29 |
| 1) Premisa económica | 29 |
| A. La plusvalía y la teoría objetiva del valor (teoría económica del valor-trabajo)..... | 29 |
| B. Teoría subjetiva del valor | 34 |
| C. La asimetría de poder..... | 36 |
| A) Algunas particularidades de la regulación laboral para compensar la asimetría..... | 38 |

| | | |
|-------|----------------------------------------------------------------------------|----|
| a. | In dubio pro-operario | 39 |
| b. | Norma más favorable al trabajador | 39 |
| c. | Condición más favorable | 39 |
| d. | Irrenunciabilidad de derechos | 40 |
| e. | Primacía de la realidad | 40 |
| 2) | Premisa moral | 41 |
| A. | Igualdad y la justicia social | 41 |
| B. | El temor de las máquinas y la disminución de los puestos de trabajo | 45 |
| VI. | Un mundo sin regulación laboral | 48 |
| 1. | Sobre la Remuneración Mínima Vital (RMV) | 48 |
| 2. | Sobre la Estabilidad Laboral | 51 |
| 3. | Sobre los beneficios sociales | 57 |
| 4. | Vacaciones | 57 |
| VII. | Test de proporcionalidad de la regulación laboral | 59 |
| 1. | Examen de idoneidad | 60 |
| 2. | Examen de necesidad | 60 |
| 3. | Examen de proporcionalidad en sentido estricto | 61 |
| VIII. | Conclusiones | 62 |
| | Bibliografía | 63 |

I. Introducción

A mediados del siglo XVIII en Reino Unido comenzó a desarrollarse un proceso de transformación económica, social y tecnológica con el surgimiento de la industria moderna. A este proceso se le denominó Revolución Industrial. Provocó la migración masiva de población desde del campo hacia las ciudades y representó un progreso económico descomunal en comparación a estadios anteriores en la humanidad (Cameron & Neal, 2014, pág. 186). Sin embargo, en algunos sectores empezaron a producirse problemas. Los que anteriormente trabajaban como campesinos o artesanos independientes empezaron a convertirse en asalariados. Ello aunado a un elevado índice de nacimientos y disminución en el índice de mortandad incrementó la cantidad de población y con ello los salarios bajaron (Brue & Grant, 2009, pág. 46).

No es arbitraria la elección de la Revolución Industrial como contexto histórico de investigación, puesto que se suele nombrar a la Revolución Industrial como la causante de la regulación laboral. En ese sentido, Boza (2014, pág. 17) considera que uno de los hechos históricos que provocaron el surgimiento del Derecho del Trabajo como un subsistema legal autónomo es la Revolución Industrial inglesa; incluso trata de salvaje al modelo capitalista imperante de esa época por las condiciones que califica como “ejemplos sobradamente conocidos” entre los cuales señala a los bajos salarios, el alto índice de mortalidad y precarias condiciones de seguridad e higiene en la seguridad del trabajo, entre varios otros, como situaciones propiciadas por el salvajismo del capitalismo permitido por el Estado, antes de que este intervenga e imponga la regulación laboral. En el mismo sentido, Neves (2016, pág. 10) señala que la escisión del derecho laboral del derecho civil era necesaria, porque estos subsistemas legales apuntaban a lógicas distintas y de no haberse producido tal escisión considera que se hubiera agudizado lo que califica como un “régimen de extrema explotación de la mano de obra, sin precedentes en la historia” (pág. 10).

Es decir, la regulación laboral se fundamenta en un problema de asimetría, como en otros subsistemas legales donde el Estado cumple un rol tuitivo. Por ejemplo, de igual manera que en el Derecho de Protección al Consumidor se busca corregir la asimetría informativa con regulación, la asimetría económica sería la causante del derecho laboral, puesto que “se entiende que los sujetos de la relación son materialmente desiguales, porque uno tiene poder económico y el otro no” (Neves Mujica, 2016, pág. 10).

Como se aprecia, los defensores del derecho laboral asumen que existe una relación de causalidad entre un capitalismo sin regulación laboral y explotación al trabajador. Es ahí donde nos formulamos las siguientes preguntas: ¿la Revolución Industrial provocó ese estado de explotación?, ¿las condiciones de vida criticadas representaban una transición hacia algo mejor?, ¿sin regulación laboral estas condiciones hubieran empeorado? Utilizando data estadística proporcionada por historiadores económicos como Peter Schumpeter, Thomas Piketty, Rondo Cameron y Larry Neal, podremos determinar si existe un nexo de causalidad entre la Revolución Industrial, el surgimiento del capitalismo y el riesgo de explotación del trabajador o si la regulación laboral surgió en base a prejuicios y populismo.

Tener una buena intención no implica necesariamente que las acciones sean buenas. No basta querer ayudar, sino analizar si el objetivo del derecho laboral se puede verificar en la realidad. En el mercado de trabajo, el privilegiar al trabajador dentro de la relación jurídica laboral no implica necesariamente que este se beneficie; de la misma manera que buscando privilegiar al consumidor estableciendo precios “justos” en el mercado (vía fijación de precios por parte del Estado) no lleva a un beneficio a los consumidores, sino por el contrario, aquellas medidas suelen traer como resultados escasez de bienes y, con ello, consumidores con necesidades insatisfechas.

Los privilegios provenientes de la regulación laboral comenzaron a otorgarse porque el legislador, en el marco de la Revolución Industrial, percibió la existencia de un abuso (o el riesgo de que este se produzca) inherente en el sistema capitalista ejercido por el empleador en perjuicio del trabajador. Ante ello, surge la duda que motiva esta investigación ¿Qué pasaría si el legislador se equivocó en su percepción? ¿Qué ocurriría si toda la regulación laboral que se ha ido desarrollando a lo largo de los últimos 200 años parte de una idea equivocada acerca de cómo funciona el mercado de mano de obra? ¿Resultaría coherente continuar apoyando la vigencia de la regulación laboral solo por tradición o porque simplemente ésta ya se encuentra positivizada en normas jurídicas¹? Si fuera así, la obediencia a la regulación laboral residiría solamente en la decisión de las mayorías y no en razones morales como el respeto del derecho fundamental a la libertad.

Es una convención considerar que la relación jurídica surgida de un contrato de trabajo es distinta a la de cualquier otro contrato debido a la particularidad de las partes. Por un lado, tenemos al empleador que dispone de los medios de producción, y por otro,

¹ Incluso de rango internacional, puesto que esa condición no le otorga infalibilidad. La discusión no debe evadirse por el solo hecho de que exista un acuerdo recogido en instrumentos internacionales.

se encuentra el trabajador que únicamente tiene para entregar su fuerza de trabajo. Como el empleador dispone de los medios de producción, existe el riesgo de que utilice en su favor ese desbalance en el poder de negociación e imponga su voluntad unilateralmente, situación en la cual el trabajador no tendría margen de negociación.

Descrito de esa manera, si no hubiera regulación laboral el empleador tendría los incentivos de pagar lo menos posible y el trabajador aceptará las condiciones que le impongan porque la alternativa a la remuneración miserable que le ofrecen es el hambre.

En el mundo existe regulación laboral de todos los matices. Según el Foro Económico Mundial el Perú se encuentra como uno de los países con mayores restricciones laborales (World Economic Forum, 2018), por ello consideramos que el marco normativo laboral peruano es el ideal para examinar sus premisas y a partir de ahí, poder extrapolar el análisis a otros marcos normativos laborales (que sean más flexibles en materia laboral). La protección constitucional de los derechos laborales y de toda la regulación normativa es una reacción posterior del Estado frente a determinado problema. No es objetivo de la presente investigación analizar cada norma referente al derecho laboral, sino atacar la fuente misma. Es necesario señalar que sólo se analizarán las premisas que dieron origen al subsistema legal del derecho laboral, más no toda la regulación existente. Puesto que, si se demuestra que las premisas sobre las que se fundamenta el derecho laboral son falaces, toda la regulación derivada carecería de sustento.

Sustituiremos la expresión “derechos que benefician al trabajador”, por las expresiones “normas jurídicas que involucran al trabajador” o “regulación laboral”, con la finalidad de evitar que el significado de términos preestablecidos puedan generar un sesgo, y poder abordar el problema sin la carga emotiva inherente a dichos términos; puesto que lo que se pone en cuestión es precisamente si es que el subsistema legal al que se le ha denominado derecho laboral en realidad protege al trabajador (y a la sociedad en su conjunto). Recién analizando las premisas de las que parte la “regulación laboral” se conocerá si en realidad se pueden calificar como derechos o si esta regulación laboral consigue beneficiar al trabajador.

Nuestra posición es la de eliminar la regulación laboral, porque perjudica al trabajador. Su vigencia impide que las condiciones del trabajador se vean beneficiadas con el proceso de competencia el cual solo es posible en un libre mercado. La regulación laboral inhibe las iniciativas empresariales. A mayor cantidad de iniciativas empresariales, la demanda de trabajadores se incrementa. Si la demanda se

incrementa a un mayor ritmo que el incremento de la oferta de mano de obra, a su vez como con cualquier otro producto o servicio, se elevan los precios del bien o servicio ofertado. En el caso del trabajador el precio de su servicio se encuentra representado por el valor económico de la remuneración y de los beneficios sociales que recibe.

En ausencia del derecho laboral, el poder de negociación del trabajador provendrá de la escasez del trabajo humano y de la productividad del propio trabajador (como elemento diferencial). Demostraremos que no existieron razones económicas ni criterios de justicia respetuosos de la libertad, que justifiquen que el derecho laboral se escinda del derecho civil. Por ello, consideramos que la regulación laboral no beneficia a los trabajadores, al limitarles las posibilidades de elegir y evitar que la demanda por su mano de obra se incremente; no beneficia a los empleadores al imponerles costos injustificados; ni a la sociedad en su conjunto, que se vería beneficiada con una mayor cantidad de empresas compitiendo por innovar.

Cuando nos refiramos a los derechos fundamentales, solo haremos mención a los derechos individuales, que suelen ser llamados derechos de primera generación, puesto que en la época de la Revolución Industrial, resultaría anacrónico afirmar que los derechos laborales son derechos fundamentales, como convencionalmente es aceptado en la actualidad, dado que eso es lo que precisamente se cuestiona. Para ello tomaremos en consideración los derechos fundamentales reconocidos durante la Revolución Industrial, como lo son la vida, la propiedad y la libertad. A partir de ello, realizaremos un test de ponderación para analizar si la intervención del Estado en la autonomía privada en la forma de regulación laboral cumple con superar los filtros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, puesto que toda afectación a la libertad individual debería estar justificada.

Consideramos, a su vez, importante un análisis económico de la regulación laboral, puesto que el ejercicio de los derechos laborales implica necesariamente ejecutar prestaciones valorizadas patrimonialmente por parte del empleador. En otras palabras, involucra desprendimiento de dinero. Remuneración, indemnizaciones, gratificaciones, seguros, todo trata sobre dinero; por ello resulta apropiado aplicar la lógica económica, puesto que el dinero, al igual que cualquier otro recursos, es un bien escaso; y el dinero como expresión de riqueza requiere ser generado por algo o por alguien.

Demostraremos finalmente con datos que con el respeto a los derechos de propiedad y a la libertad individual se benefician más los trabajadores, en comparación a las regulaciones que restringen la libertad individual y proscriben acuerdos entre

particulares, como lo representa la regulación laboral. Los objetivos de los liberales² y de los defensores de la regulación laboral coinciden en buscar el bienestar del ser humano, la diferencia radica en los medios. Si se demuestra que las premisas principales sobre las que se fundamenta el derecho laboral resultan ser equivocadas, entonces resulta razonable que todo el subsistema legal del derecho laboral sea derogado.



² Las concepción de liberalismo acogida en este trabajo de investigación proviene de las ideas de Friedrich von Hayek, Ludwig Heinrich Edler von Mises y Jesús Huerta de Soto.

II. ¿Qué entendemos por Derecho Laboral?

Antes de desarrollar sus premisas principales, explicaremos en qué consiste el derecho laboral como subsistema legal y cuál es el tipo de prestaciones que protege. Como marco legal de referencia utilizaremos al ordenamiento jurídico peruano, puesto que al ser calificado como uno de los ordenamientos más restrictivos en materia laboral (World Economic Forum, 2018), se podría asumir como un régimen cercano al paradigma³.

El derecho laboral es el área del derecho que regula las relaciones jurídicas laborales individuales y colectivas entre trabajadores y empleadores, estableciendo derechos y obligaciones para ambas partes. Se le denomina también derecho del trabajo y tiene la función de conciliar los intereses distintos del empleador, que busca lucrar con su capital, y el interés del trabajador, que busca mejorar profesionalmente y procurarse ingresos para su subsistencia (Arce Ortiz, 2013, pág. 23).

1. ¿Qué características debe tener el trabajo que se regula en el Derecho Laboral?

No toda actividad humana, ya sea psicológica o física, es objeto de protección para el derecho laboral. Neves Mujica (2016, pág. 16) indica que para poder identificar al tipo de trabajo que es objeto de protección del derecho laboral, éste debe reunir ciertas características como ser (i) un trabajo humano, (ii) productivo, (iii) por cuenta ajena, (iv) libre y (v) prestado de manera subordinada. Humano en términos de haber sido realizado por la especie humana; productivo en tanto su finalidad tenga valoración económica (siendo irrelevante si al final esta se materializa); por cuenta ajena dado que proviene del encargo de un tercero (que viene a ser el empleador); que sea un trabajo libre puesto que la ejecución de la prestación provenga de un acuerdo de voluntades (el trabajo forzoso está proscrito); y subordinada porque su fuerza de trabajo está a disposición del empleador (Neves Mujica, 2016, págs. 17-26).

2. ¿Qué es el contrato de trabajo?

Es el vínculo jurídico que surge entre dos partes, una denominada empleador y otra denominada trabajador. El objeto de este contrato es el intercambio de las siguientes prestaciones: el empleador entrega al trabajador una remuneración (la cual deberá ser igual o mayor a la remuneración mínima vital) y el trabajador

³ Por lo menos en cuanto a normas positivizadas, dado que el grado de cumplimiento obedece a otro análisis.

entrega su fuerza de trabajo (concediéndole al empleador los poderes de dirección, fiscalización y sanción).

Al igual que en los contratos civiles, las cláusulas de los contratos laborales tienen como límites el orden público, las buenas costumbres y las normas imperativas (en sentido amplio). Sin embargo, es en el contenido de las normas imperativas donde la regulación laboral y la civil encuentran su diferencia, puesto que se considera que al no existir igualdad entre las partes, es deber del Estado compensar al trabajador de esa desigualdad otorgándole privilegios mediante la promulgación de normas en su favor.

Al existir vínculo entre dos sujetos de derecho los cuales contraen derechos y obligaciones se consideró necesario proporcionar un marco contractual, el cual es denominado el contrato de trabajo. La ausencia de este contrato no representa la inexistencia de la relación laboral, puesto que de lo contrario sería muy sencillo para el empleador evadir el cumplimiento de la regulación laboral simplemente no suscribiendo contrato alguno. Como pueden suscitarse problemas probatorios para acreditar la relación laboral, se han ideado desincentivos para el empleador que no suscribe contrato de trabajo, puesto que se presumirá que este es un contrato de tiempo indeterminado (Decreto Supremo N° 003-97-TR, 1997).

3. Elementos esenciales de la relación jurídica laboral

Como elementos esenciales de la relación jurídica laboral tenemos a la prestación personal, la remuneración y la subordinación.

- 1) **Prestación personal:** es la contraprestación que entrega el trabajador al empleador a cambio de la remuneración percibida. Tiene un carácter personalísimo, en términos, de que no se puede delegar su ejercicio a un tercero.
- 2) **Remuneración:** es el íntegro de lo que el trabajador recibe, ya sea en dinero o especie, por sus servicios como contraprestación, siempre que sea de su libre disposición; siendo irrelevante la denominación que se le asigne a esa contraprestación (Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 1997).
- 3) **Subordinación:** otorga al empleador las facultades de dirección, fiscalización y sanción, causada por la relación de sujeción del trabajador en favor del empleador; esta subordinación es jurídica, puesto que su ejercicio no debe afectar la dignidad humana y los derechos fundamentales del trabajador (Boza Pró, 2014).

III. Lógica económica y concepción del liberalismo

Con la finalidad de establecer un lenguaje común, conviene otorgar un marco teórico a los conceptos económicos que vamos a utilizar en el desarrollo del trabajo.

1. Sobre el mercado

El mercado es un espacio de interacción y cooperación social voluntaria entre compradores y vendedores. Interacción entre los que están dispuestos a pagar por un bien y los que están dispuestos a aceptar el precio por el bien sobre el cual mantienen alguna titularidad.

2. Sobre las leyes de la economía

Es necesario que se entienda este punto, debido a que solo admitiendo las leyes de la economía como leyes de válido cumplimiento independientes del tiempo y lugar donde se apliquen, se puede entender el funcionamiento del mercado y las críticas formuladas a la planificación centralizada.

1) La escasez

Se denomina escasez a la incapacidad que tenemos para satisfacer las necesidades humanas que son ilimitadas (Parkin & Loría, 2010, pág. 2). En palabras técnicas, es la "situación en la que la cantidad demandada es mayor que la cantidad ofrecida" (Mankiw, 2017, pág. 78).

La escasez condiciona nuestras decisiones, como en el conocido ejemplo del agua y el diamante. La razón por la que el diamante vale más que el agua (aun cuando necesitamos del agua para vivir) es porque es un recurso escaso y, en cambio, el agua, no (por lo menos en este momento). Nuestra valoración puede cambiar en el medio de un desierto a cientos de kilómetros de una fuente de agua, donde de nada sirve el dinero o joyas como el diamante, en esas circunstancias un vaso con agua puede resultar más valioso. La misma lógica se puede aplicar para cualquier bien o servicio. ¿Por qué un jugador de *football* o un boxeador tiene más ingresos que un profesor de primaria? Todo depende de nuestras preferencias. La escasez es relativa y se analiza en conjunto con la oferta y la demanda. Por ejemplo, si alguien que no sabe pintar, pinta un cuadro, por más que ese cuadro sea único en el mundo, puede que no sea un bien escaso al no tener gente interesada en adquirirlo.

2) Demanda

Es la necesidad de un bien y la disponibilidad a pagar. No basta con que necesite del bien, sino que tenga la capacidad económica para poder adquirirlo. Por

ejemplo, puede gustarme un automóvil McLaren F1, pero si no tengo la capacidad de pago, no formo parte de la demanda.

Ley de la demanda: “Si todo lo demás permanece constante, la cantidad demandada de un bien disminuye cuando aumenta el precio de este bien” (Mankiw, 2017, pág. 67).

3) Oferta

Es la disponibilidad para aceptar un valor (que puede ser monetario) a cambio de desprenderme de un bien. No es necesario que sea un comerciante, sino basta que me ofrezcan un precio suficiente como para convencerme de vender algo, que incluso podría no tener pensado vender hasta antes que me digan el precio. Por ejemplo, puede que pocos puedan estar planteándose vender su casa, pero si el día de mañana un excéntrico toca el timbre ofreciendo 1 millón (para una casa valorizada en 300 mil), es posible que la mayoría termine vendiéndola.

Ley de la oferta: “Con todo lo demás constante, la cantidad ofrecida de un bien aumenta cuando el precio del bien aumenta” (Mankiw, 2017, pág. 73).

Ley de la oferta y la demanda: “El precio de un bien cualquiera se ajusta para llevar al equilibrio la cantidad ofrecida y la cantidad demandada de dicho bien” (Mankiw, 2017, pág. 79).

4) Agente económico

El agente económico es el ser humano que toma decisiones para maximizar sus beneficios realizando previamente un análisis costo-beneficio (Bullard González, 2006, pág. 45). Este análisis no tiene por qué ser metódico ni detallado, puede ser ligero, -de hecho, muchas veces lo es-, lo que se pretende es mostrar que el ser humano siempre busca reducir costos para maximizar sus beneficios, aun cuando su finalidad sea autodestructiva o pueda resultar ridícula para el resto de la sociedad (dado que la valoración es subjetiva). Aun cuando pueda resultar de fácil comprensión, es en este punto donde se producen la mayoría de las confusiones sobre la aproximación económica, puesto que se asume que un análisis desde la lógica económica percibe al ser humano como una persona racional que no se equivoca o que escoge siempre lo eficiente económicamente, cuando lo eficiente o ineficiente de nuestra decisión recién lo conoceremos en un análisis *ex post*.

5) Externalidades

Son los efectos no contratados entre las partes; es decir son los beneficios (externalidades positivas) o los costos (externalidades negativas) que no son asumidos por las partes contratantes, sino por terceros ajenos al contrato (Cooter & Ulen, 1998, pág. 62).

No es necesario que estos terceros se encuentren determinados; de hecho, según nuestra concepción del liberalismo al proponer que se internalicen los costos de las actividades económicas (externalidades negativas), está buscando proteger también al medio ambiente o a los recursos naturales de dominio público, puesto que su uso indebido por parte de un particular, genera externalidades al resto de la sociedad. Por ejemplo, si una empresa que se dedica a fabricar y vender pelotas obtiene ganancias de 100, pero su proceso productivo genera una contaminación de 20, la teoría liberal exigiría que internalice esos costos, con lo cual su ganancia sería 80, y no 100; caso contrario la empresa solo internalizaría los beneficios y no los costos que finalmente serían asumidos por el resto de la sociedad.

6) Costo económico

El costo económico tiene una valoración subjetiva. También se le denomina como costo de oportunidad, el cual es el valor de la mejor alternativa a la que renuncio al hacer algo, la cual no necesariamente tiene valor monetario.

7) Precio

El precio es el valor por unidad de bien o servicio. También se puede describir al precio como una señal del mercado, de tal manera que termina funcionando como un mecanismo para compartir información sobre cuáles son los bienes que prefieren los consumidores y que cantidades necesitan (von Hayek, El uso del conocimiento en la sociedad, 1983, pág. 165). Por tanto, el precio o valoración asignada a un bien depende de la escasez, y la escasez está influenciada por las preferencias subjetivas de los individuos.

Debemos tener presente, que no existen bienes o servicios, ya sean patrimoniales o no patrimoniales, que escapen a las leyes de la economía. Podemos intentar regular pensando en que estas leyes no existen, pero los resultados suelen ser desastrosos. Por ejemplo, si el Estado quiere garantizar “precios justos” reduciendo mediante regulación el margen de la ganancia de los productores, eso se transforma en escasez, puesto que se distorsionan los incentivos de competir por obtener la preferencia de los consumidores, agregarle valor a la marca para

diferenciarla de la competencia, y se reduce la seguridad jurídica, puesto que se genera el mensaje de que el Estado puede en cualquier momento cambiar de parecer y buscar “más justicia” obligando a vender más barato.

El hecho de que las leyes de la economía sean válidas, no implica necesariamente que las proyecciones de los economistas sean válidas, puesto que la economía debería ser abordada solo como una ciencia social descriptiva de fenómenos, más no es prescriptiva de proyecciones de comportamiento humano.

Lo objetable en la economía son las proyecciones económicas, propias de la econometría, del diseño de políticas públicas, de las proyecciones de ventas. Es decir, las suposiciones que realizan los economistas utilizando las leyes de la economía. Estas planificaciones pueden ser erradas. Otra razón más para desconfiar de la planificación centralizada. La clave en la equivocación de las que parten los economistas matemáticos se encuentra precisamente al inicio de las definiciones de las leyes de la oferta y la demanda que nos ofrece Mankiw (2017): “Si todo lo demás permanece constante...”, es decir *ceteris paribus*, pero el mundo real no es *ceteris paribus*, dado que la información y las variables cambian constantemente. Diseñar planes económicos en base a datos de hoy para regular el día de mañana es contraproducente. Por tanto, el marco teórico que utilizaremos de la economía reconoce como válidas las leyes económicas, con la advertencia de la desconfianza extrema que nos provocan los economistas afines a lo que von Hayek (1983) denominó como economía de planificación centralizada.

3. Sobre la economía de mercado

La economía de mercado o también denominada libre mercado es un sistema de división del trabajo que se fundamenta en el respeto de la propiedad privada, bajo el cual el ser humano al perseguir sus propios fines beneficia al resto de la sociedad (von Mises, La acción humana, 1968, pág. 423). Para que el ser humano pueda perseguir sus fines se requiere que no exista coacción de terceros, por tanto la tarea del Estado consistirá en evitar esta coacción, de manera tal que los seres humanos voluntariamente puedan cooperar para perseguir sus fines (von Mises, La acción humana, 1968, pág. 424).

Los defensores del libre mercado rechazan un tipo de economía mixta que combine una parte de libre mercado y una parte socialista (como los Estados de bienestar), puesto que las opciones entre la dirección de la producción realizada por los individuos y la dirección realizada por un órgano dictatorial (como el

Estado) son excluyentes (von Mises, La acción humana, 1968, pág. 424). No resulta una exquisitez purista de los liberales el rechazar las economías mixtas, sino por el contrario consideramos que la dirección centralizada distorsiona toda la economía, y, además, en los hechos, el poder político suele atribuirle la responsabilidad de los fracasos a los individuos, lo cual repercute en mayores restricciones a la libertad. La etiqueta de dictatorial no resulta un término peyorativo, solo es descriptiva del proceso de toma de decisiones del Estado en la economía; puesto que por más buenas intenciones que tenga el gobierno de turno que dirige al Estado, la coacción propia del imperio de la ley vuelve obligatoria las disposiciones estatales excluyendo cualquier tipo de objeción a su cumplimiento.

Se suele desconfiar de la aplicación de un libre mercado puro como sistema económico, porque se asume que sin la intervención del Estado en la economía (la regulación laboral es un tipo de intervención), se generarían situaciones injustas. El socialismo, como cualquier otro tipo de planificación económica centralizada (o economías mixtas en mayor o menor grado), no solo adolece de inviabilidad práctica, sino también de imposibilidad teórica, lo cual lo convierte en un “error intelectual” (Huerta de Soto, Socialismo, cálculo económico y función empresarial, 2005, pág. 100). Este “error intelectual” consiste en lo siguiente: si toda la información pertinente para realizar una decisión económica fuera disponible (precio, cantidad ofrecida, cantidad demandada, etc.) el problema sería solo lógico, pero en el mundo real la información no está disponible de manera tal que se pueda acumular y analizar con la rapidez que requieren las decisiones en la economía (von Hayek, El uso del conocimiento en la sociedad, 1983, págs. 157, 158).

La información se encuentra dispersa entre todos los individuos, y la información más relevante en el mercado no es objetiva, sino subjetiva. Esta no se encuentra plasmada en documentos que uno pueda clasificar. En base a cómo se procesa la información, se pueden identificar dos tipos de planificación económica: la planificación centralizada y la planificación descentralizada. Un tipo de planificación será más eficiente que la otra en tanto permita utilizar más y mejor esa información dispersa en el planeta (págs. 159-160).

La planificación centralizada la realiza un órgano estatal que acumula y procesa información, mientras que la planificación descentralizada la realizan los individuos guiados por el ánimo de lucro y sus preferencias. La información proviene de datos

científicos y de datos no científicos, como lo son las circunstancias particulares de tiempo y lugar que dispone cada individuo y que es única porque cada persona en su particularidad conoce algo distinto que los demás (von Hayek, El uso del conocimiento en la sociedad, 1983, págs. 159-160).

El motivo del inevitable fracaso de la planificación centralizada se encuentra vinculado con problemas en la acumulación y el procesamiento de la información dispersa en la sociedad. El primer problema está vinculado a la acumulación, porque resulta imposible que el órgano centralizado pueda recoger toda la información pertinente para adoptar una decisión, precisamente por las circunstancias de tiempo y lugar de cada individuo. El segundo problema radica en el procesamiento de la información recogida. En ese sentido, aun cuando imaginariamente supongamos que el órgano centralizado pueda superar el problema del almacenamiento, encontrando el método de poder recoger toda la información pertinente (seleccionando lo útil y desechando lo inútil), hallaría un nuevo problema, que consiste en que lo que fue útil cuando lo recogió, para cuando lo quiera aplicar ya dejó de serlo, debido a que los individuos no se desenvuelven en un entorno estático sino dinámico (Huerta de Soto, Socialismo, cálculo económico y función empresarial, 2005, págs. 100-110).

Finalmente, un error grave que cometen los defensores de la economía centralizada (intervención del Estado en la economía) es que cuando se desencadenan las crisis económicas, la crítica la dirigen a la economía de planificación descentralizada (libre mercado) por los fracasos de la planificación centralizada (órganos directores que buscan predecir comportamientos del ser humano) y proponen como solución aumentar la planificación centralizada.

Es decir, los defensores de la intervención del Estado en la economía, en realidad asumen, que la economía como ciencia social es útil para predecir el comportamiento futuro de los individuos, y por el contrario los defensores del libre mercado desconfían de la utilidad de la economía para predecir el comportamiento futuro de los individuos.

1) Sobre nuestra concepción del liberalismo

La concepción del liberalismo, que acogemos, solo reconoce como derechos fundamentales el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho de propiedad, los cuales deben ser objeto de protección del gobierno (Pazos, 1999; von Mises, Liberalismo, 2011, pág. 87).

La protección de otros derechos, como los derechos sociales, consideramos que constituye una negación de los derechos individuales, distorsiona el mercado y cosifica a los seres humanos bajo una apariencia de protección de masas. La existencia de los derechos sociales o derechos colectivos solo dependen de la voluntad deliberada del poder político, y parten de un error de concepción, puesto que no se repara en que lo colectivo solo es una alegoría para designar al conjunto de individuos. La sociedad está compuesta de individuos, no de grupos de individuos. Los que adaptan sus medios para conseguir sus fines, son los individuos. Cuando se inventa algo, este es resultado del pensamiento y acción de un individuo; si en caso el invento fue resultado del aporte de varios individuos, son cada uno de estos los que en cooperación inventaron algo, pero no podría afirmarse que el grupo, como grupo, inventó algo, puesto que el grupo como ente independiente, que piense y razone por si mismo, no existe. La responsabilidad por los actos, tanto para ser premiado o castigado, es individual. La misma Constitución señala que el fin supremo de la sociedad es la persona humana.

La obligación del Estado frente a la afectación de un derecho individual se agota con aplicar la coacción para evitar o cesar su violación por parte de terceros. Por el contrario, cuando se trata de un derecho social el Estado contrae una obligación de hacer. Para que el Estado cumpla con esa obligación de hacer es imprescindible que confisque el patrimonio de un grupo de personas para privilegiar a otro, en razón que el poder político en determinado tiempo y lugar lo consideraron como deseable. Con lo cual la sociedad consiente que se utilice a un grupo de seres humanos como medios para la realización de los fines de otro grupo de seres humanos.

Solo los individuos pueden tener derechos, por ello Rand (1964, págs. 146, 147) califica de redundante la expresión “derechos del individuo”, y además califica de contradictoria la expresión “derechos del colectivo”, puesto que el colectivo no es otra cosa que un grupo de personas (agrupadas siguiendo algún criterio arbitrario), y si en caso se admitiera que ciertos derechos pertenecen solo a un grupo de seres humanos, excluyendo al resto, se estaría proponiendo que uno adquiere

derechos al entrar a determinado grupo y los pierde si deja de formar parte de aquel.

Es imprescindible el respeto de los derechos de propiedad para que pueda funcionar el mercado (Parkin & Loría, 2010, pág. 44). Por tanto, no se puede alegar que el libre mercado se puede desarrollar bajo cualquier régimen legal. Estos derechos de propiedad “son acuerdos sociales que rigen la propiedad, el uso y la disposición de cualquier cosa que las personas valoren” (Parkin & Loría, 2010, pág. 44), la regulación de derechos de propiedad puede ser variada, pero por una cuestión de predictibilidad jurídica conviene que se encuentren regulados, cualquiera fuera la forma de asignación de titularidades, para que los agentes económicos puedan tomar decisiones.

Para poder explorar los límites de la libertad, tenemos que entender primero que significa libertad. La libertad es la “independencia frente a la voluntad arbitraria de un tercero” (von Hayek, Obras completas, vol. XVIII: Los fundamentos de la libertad, 1991, pág. 33). Lo opuesto a la libertad es la coacción. La libertad al igual que la paz, la seguridad o la tranquilidad son conceptos negativos, es decir, implican la ausencia del obstáculo proveniente de la coacción de la voluntad de otros seres humanos (von Hayek, 1991, pág. 43). La libertad permite la creatividad y precisamente por ello los resultados de la libertad no se pueden conocer.

Un error de concepción sobre los derechos individuales llevan a la creencia de que solo se busca proteger al individuo como un ente aislado en el mundo, sin embargo los derechos individuales también exigen proteger derechos de contenido difuso como el del medio ambiente, puesto que al contaminarse el entorno donde el ser humano busca autorrealizarse, se le está afectando directamente a la vida (si la contaminación afecta el lugar donde vive) y su libertad (al limitar las opciones donde pueda desplazarse).

Existen autores que niegan las diferencias entre los derechos individuales y sociales en base a los costos que generan. Entre ellos tenemos a Stephen Holmes, Cass R. Sunstein y a Joel Campos Bernal, los cuales desarrollan su teoría partiendo de ejemplos que supuestamente demostrarían las inconsistencias entre estas diferencias.

Holmes y Sunstein proponen el caso de un incendio ocurrido en Estados Unidos que provocó costos para el Estado entre 1,1 y 2,9 millones de dólares. Las propiedades afectadas pertenecían a personas adineradas, y el Estado utilizó el

dinero de los contribuyentes para costear todo el despliegue requerido para extinguir el incendio (Holmes & Sunstein, 2011, págs. 31-51).

Criticando la posición del liberalismo de buscar la no interferencia del gobierno, sin tomar en cuenta que es imprescindible el Estado para que se solventen los gastos que requieren la protección de los derechos individuales.

Por su parte, Campos propone el caso de un artista que quiere que alguien le provea de una galería para ofrecer unas obras las cuales a nadie le interesa exhibir, por tanto, según Campos en base al derecho de libertad de expresión, el Estado está obligado a garantizarle un ambiente acondicionado para que este artista rechazado por el mercado pueda ejercer su libertad de expresión. Para Bernal, como el Estado va a gastar dinero al momento de costearle la galería al artista, eso demuestra que el ejercicio de la libertad de expresión conlleva obligaciones de hacer, por tanto concluye que es falso que exista diferencias en cuanto a lo económico entre derechos individuales y derechos sociales (Campos Bernal, 2013, pág. 12).

Utilicemos las ideas del libre mercado para profundizar el análisis de estos autores. Empecemos con el caso del incendio propuesto por Holmes y Sunstein. Solo con el respeto de los derechos individuales, esta situación se resuelve en primer lugar trasladando los costos a las personas que provocaron el incendio por medio de la responsabilidad civil. Si una persona con dolo o por imprudencia provocó el incendio, debe asumir las consecuencias de sus actos.

Si en caso el incendio fue provocado por un desastre natural, se debe utilizar la misma lógica de los seguros, por tanto, se puede cobrar un tributo adicional al impuesto predial y los arbitrios, para compensar los daños que puedan provocar estos eventos. Ese análisis se puede extrapolar a cualquier tipo de desastre natural. Se pueden cobrar primas adicionales dependiendo del riesgo, como tener una propiedad en una zona donde se producen con relativa frecuencia inundaciones, incendios forestales, etc. No existe nexo de causalidad entre la proposición de ocurrencia de estos eventos, con la proposición de que los derechos sociales deben ser costeados por todos. Además, resulta incorrecta su afirmación en cuanto a los liberales busquen que el Estado proteja los derechos individuales sin tomar en cuenta los costos, puesto que los liberales proponen la existencia de un Estado fuerte pero limitado, teniendo como únicas funciones la protección de los derechos a la vida, libertad y propiedad.

En el caso propuesto por Campos, su error parte de una cuestión de premisa. Para Bernal garantizar la libertad de expresión del artista tiene que ver con que el Estado asuma los costos para proveerle de espacios físicos para que pueda

ofrecer tus obras. En esa misma lógica, el abogado para que ejerza su libertad de trabajo ejerciendo su profesión podrá exigir al Estado que le facilite una oficina, y de ser posible le provea de clientes o un bodeguero que quiera hacer efectiva su libertad de empresa, podrá exigir que el Estado le provea de un espacio para ofrecer sus productos, y a su vez le garantice una cantidad mínima de consumidores. Esta concepción implica desconocer los alcances de los derechos individuales y del liberalismo.

En el caso de la libertad de expresión, el Estado cumple con su rol de garante evitando que alguien censure la expresión de tus ideas. Cualquier visión constructivista distinta parte de premisas socialistas. En un contexto de libre mercado, si el artista del ejemplo de Campos tiene habilidades puede como cualquier otra persona ahorrar dinero para solventar su proyecto, convencer a algún mecenas para que se interese en invertir por él, o puede recurrir a utilizar formas gratuitas para mostrar sus obras por internet.

Con respecto a los derechos individuales, las obligaciones del Estado con el artista, por ejemplo, son las de evitar que un grupo de vándalos se acerque a su exposición y lo decapite (protección del derecho a la vida), que en maniobra coordinada estos vándalos se turnen para propinarle una golpiza (protección del derecho a la integridad), le censuren su exposición (protección al derecho a la libertad de expresión) o le roben sus obras o las ganancias que haya podido obtener (protección del derecho a la propiedad). El deber del Estado es permitir que las personas desarrollen sus proyectos de vida sin que un integrante de la sociedad agreda a otro. No es deber del Estado subsidiar los deseos de algunos con dinero de otros.

Por cuestiones de extensión en el presente trabajo de investigación nuestras críticas a los derechos sociales se restringen solo a la regulación laboral.

IV. Revolución industrial y las condiciones del trabajador

Se considera que, durante la Revolución Industrial, el modelo económico adoptado por los Estados fue el del libre mercado, el cual permitió que los empleadores explotaran a los trabajadores, por lo cual resultaba justificado el surgimiento de la regulación laboral. En este capítulo analizaremos que tan ciertas resultan esas afirmaciones.

1. ¿Cuándo inició la Revolución Industrial?

Se inició entre 1760 y 1840 (Íñigo Fernández, 2012, pág. 34). “El mundo se transformó en algo por completo distinto de lo que había sido durante milenios, desde que otra gran Revolución, la neolítica, terminara para siempre con el modo de vida basado en la caza y la recolección que la humanidad había utilizado durante cientos de años” (pág. 32). Incluso el historiador marxista Eric Hobsbawm declaraba sin ambages que “la Revolución Industrial marca la transformación más fundamental de la vida humana en la historia del mundo registrada en documentos escritos” (pág. 36).

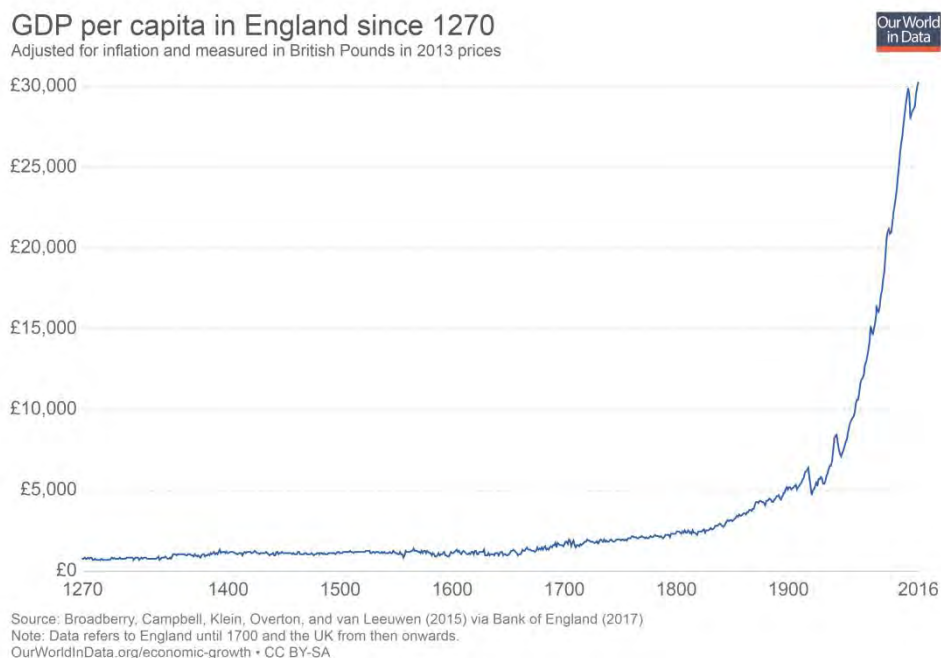
2. Las condiciones de la sociedad y el trabajador durante la Revolución Industrial: ¿mejoraron o empeoraron?

La Revolución Industrial suele ser tomada como una época oscura. Se le reconoce que trajo consigo mejoras en la tecnología, pero se le condena por permitir la explotación y empobrecer a los que pertenecían a la clase proletaria. Esa percepción se basa en prejuicios, no en data. Este prejuicio a lo largo de los años ha sido alimentado por comparaciones anacrónicas de niveles de pobreza e ingresos, desconocimiento de la lógica económica y de la realidad del ser humano en la época previa. Las discusiones políticas pueden ser apasionantes, pero, si no se basan en pruebas, son inútiles. “Durante varios años, los historiadores de la economía y otros estudiosos de las ciencias sociales han estado generando datos que abarcan los aspectos no materiales del bienestar; pero, hasta ahora esos datos no se han comparado de manera sistemática a lo largo del tiempo ni por lugar” (Madisson, 2006, pág. 1).

A partir de los trabajos de investigación de Angus Madisson (datos recogidos por Thomas Piketty) se puede apreciar el incremento estrepitoso que tuvieron los ingresos de renta per cápita recién en la época de la Revolución Industrial. En este Gráfico N° 1 (Rose, s.f.) se muestra que desde 1270 hasta llegado el siglo XIX los ingresos en Inglaterra se mantuvieron por debajo de los 1800 libras esterlinas

anuales. Estos ingresos están ajustados a la inflación tomando como referencia las libras esterlinas el 2013, con lo cual el efecto inflación se elimina de la ecuación.

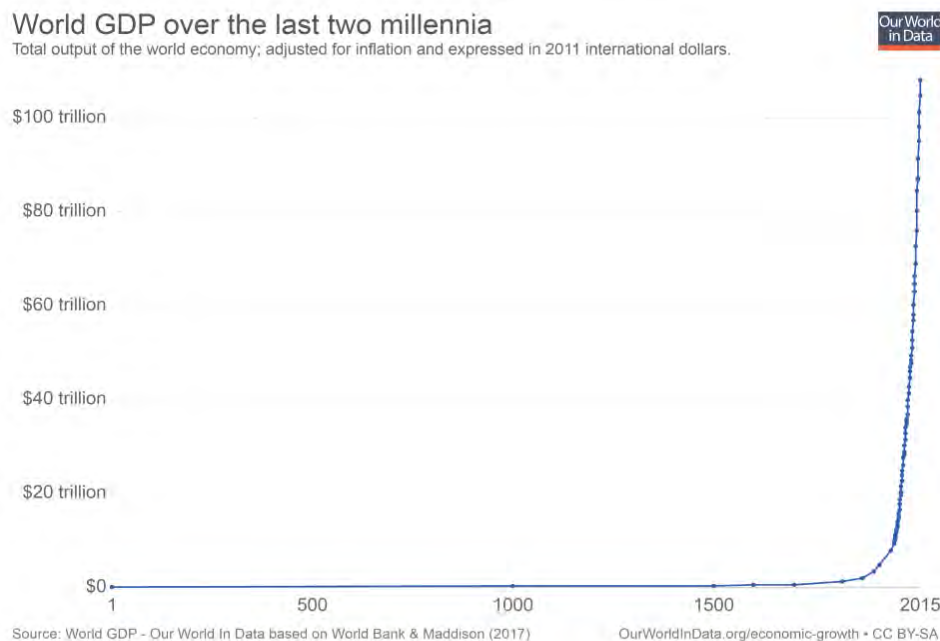
Gráfico N° 1: Ingresos de renta per cápita en Inglaterra desde 1270 a 2016



Fuente: Roser, 2018. Recuperado de <https://ourworldindata.org/economic-growth>

Ampliando geográficamente el análisis, si tomamos en cuenta a todos los habitantes del planeta tierra, en global, el Gráfico N° 2 (Rose, s.f.) muestra los ingresos de renta per cápita desde el año 1 hasta el año 2015. Estos ingresos también cuentan con su respectivo ajuste inflacionario, ahora tomando como referencia el dólar americano del 2011.

Gráfico N° 2: Ingresos de renta per cápita en el mundo desde el año 1 al 2015



Fuente: Roser, 2018. Recuperado de <https://ourworldindata.org/economic-growth>.

En el año 1000 los ingresos en Europa Occidental habían caído hasta por debajo de los ingresos percibidos en Asia y el Norte de África. Para 1820 (en los años posteriores al inicio de la Revolución Industrial), los niveles de ingresos y productividad de Europa Occidental, no solo se recuperaron sino que duplicaron a la suma de los ingresos del resto del mundo. En ese ritmo de progreso, en 1913, el nivel de ingresos de Europa Occidental llegó a representar más de 6 veces el ingreso en el resto del mundo (Madisson, 2006, pág. 51).

Antes de la Revolución Industrial la tasa de crecimiento del PBI era casi nula. Entre los años 0 y 1700 la tasa de crecimiento demográfica era de aproximadamente 0,06% y de la tasa de crecimiento del PBI era de aproximadamente 0,02% (Piketty, 2014, pág. 72). “El consumidor medio europeo del año 1800 no vivía mejor que sus ancestros del año 100000 a.C. Tampoco había mejorado su esperanza de vida con respecto a los cazadores y recolectores, pues seguía estancada en los 30 o 35 años; por el contrario, su estatura (un buen indicador de la calidad de la dieta y de la exposición infantil a las enfermedades) era inferior a la del hombre de la Edad de Piedra” (Comín Comín, 2014, pág. 349).

En el resumen ejecutivo del trabajo de Madisson realizado por encargo de la OCDE se concluye lo siguiente:

“Existe una fuerte correlación estadística con la evolución del PBI per cápita” (OCDE, s.f., pág. 2), “el estado de salud (medido por la esperanza de vida y la estatura) mejoraron notablemente”. En 1820 menos del 20% de la población del mundo sabía leer y escribir comparativamente a 1945 donde este porcentaje subió al 80% (OCDE, s.f., pág. 3). “En Europa occidental, la esperanza de vida al nacer era de unos 33 años alrededor de 1830, de 40 años en 1880, y casi se duplicó en el periodo subsiguiente; las principales mejoras ocurrieron en la primera mitad del siglo XX” (OCDE, s.f., pág. 3). La población en el mundo estaba por debajo de los 600 millones para el año 1700 y para el año 2012 contamos con más de 7 mil millones (Piketty, 2014, págs. 71, 72)

“A comienzos del siglo XXI, el consumidor medio de los países industrializados es 20 o 30 veces más rico que sus ancestros de 1800” (Comín Comín, 2014, pág. 349).

Es lógica la afirmación que la pobreza en las ciudades no se pudo incrementar con la industrialización, puesto que las ciudades recién empezaron a poblarse con la industrialización. De hecho, la industrialización no solo no fue la causa de la pobreza, sino que mostró a la sociedad que el ser humano no tenía porque necesariamente vivir en la miseria (el cual era un estándar en la época).

Si bien el nivel de vida mejoró, una minoría mejoró más rápido que el resto. Como todo proceso, los cambios no son inmediatos. El crecimiento en la producción no proporciona inmediatamente riqueza en todos los integrantes de la sociedad en la misma proporción, en primer lugar enriquecen los empleadores, puesto que ellos asumieron el riesgo e invirtieron su patrimonio en máquinas. Luego se benefician los consumidores que elevan su calidad de vida con las mejoras que provienen del proceso de competencia, así como también los trabajadores, que a causa de las inversiones del empleador por innovar y así atraer más consumidores, percibirán un mayor sueldo trabajando menos tiempo.

El malestar de esa época identificó erróneamente al culpable, puesto que ya para 1720 existían movimientos sociales que denunciaban los abusos de las empresas industriales en perjuicio de los trabajadores con salarios bajos y jornadas largas de trabajo, aunado a la explotación hacia las mujeres y menores de edad (De Diego,

2002, pág. 47), cuando aún en esta época no había ni iniciado la Revolución Industrial.

Contrario a lo que asumieron Marx, Smith y David Ricardo, “las nuevas grandes potencias dejaron de estar definidas por su extensión, población o fuerza armada; un único parámetro, la capacidad industrial medida en términos de renta nacional, se convirtió en el criterio que ordenaba a los países” (Artola Gallego & Pérez Ledesma, 2005, pág. 74). Tanto Adam Smith y David Ricardo no pudieron apreciar en vida los beneficios prácticos del libre mercado. El primero muere en 1790 y el segundo en 1823. El sistema económico que vieron en vida fue el de una monarquía mercantilista, y el poder económico estaba vinculado a la acumulación de espacio físico territorial, puesto que la principal actividad económica era la agricultura.

Lo que nos diferencia de los seres humanos de hace 10,000 años, no es que nuestro cerebro se haya vuelto más capaz, lo que ha cambiado son los medios con los que disponemos para conseguir nuestros fines. Contamos con una mayor cantidad de tecnología que nos simplifica las actividades diarias, y con un mayor acceso a la información. Si se transportara en el tiempo a una persona de hace 10,000 años, inicialmente esta se sorprendería con avances tecnológicos como una computadora, televisor, automóvil, hasta un reloj; pero con el paso de los días la sorpresa por la novedad pasaría y eventualmente aprendería a utilizar estos inventos como cualquier contemporáneo más. Durante miles de años lo que el ser humano conocía como normalidad era la pobreza y altas tasas de mortalidad. El cambio fue provocado porque se les permitió a los ciudadanos comerciar, aunque fuera en un marco muy limitado. Ese marco en el que se desarrolló inicialmente el libre mercado tuvo que coexistir con las monarquías absolutas.

Durante el inicio de la Revolución Industrial, Reino Unido se encontraba bajo el reinado de George III, había perdido territorio en América con la Independencia de las 13 colonias. Adam Smith era crítico de la presencia del mercantilismo muy difundido en el comercio en el cual la Monarquía otorgaba especial protección a determinadas empresas, las cuales no competían dentro del mercado, con lo cual sus consumidores no se veían beneficiados del proceso de competencia el cual provee de bienes de mayor calidad a menor precio. “Las naciones no siempre han actuado de forma coherente (...) unas compañías de comerciantes privados han podido persuadir a los legisladores para que les confíen esa parte de la labor del soberano” (Smith, 1994, pág. 692), luego señala que estas “han probado ser a largo

plazo, todas ellas, onerosas o inútiles, y han manejado mal o han restringido el comercio” (Smith, 1994, pág. 692). Es decir, en Reino Unido, el país donde surgió la Revolución Industrial, el sistema económico que predominaba no era el libre mercado, sino el mercantilismo. Se permitía la existencia de empresas, pero no en situación de competencia. Todo ello traía como consecuencia que el consumidor no se beneficiaba de productos de mayor calidad a menor precio, sino con lo que el empresario mercantilista le ofrecía con la protección del gobierno.

Francia se encontraba inmersa en un ambiente revolucionario, habiendo sido ejecutados los reyes Luis XVI y María Antonieta, se ponía fin al sistema monárquico. Le sucedió un régimen, el cual fue conocido como el régimen del terror de Robespierre y con ella ajusticiamientos públicos. A sólo 10 años de la Revolución Francesa que apuntaba a la instauración de una República Democrática, en lugar de ello Napoleón asumió el poder, primero como cónsul (1799-1804) y luego como Emperador (1804-1814) gozando de legitimidad en la población francesa (The Times, 1994, pág. 223). Regresa brevemente la Monarquía y posteriormente la República (The Times, 1994, pág. 312). Por su parte España en plena debacle económica a pesar de los recursos naturales extraídos de sus colonias, se encontraba asediada constantemente por las naciones extranjeras y perdiendo paulatinamente sus colonias en América. En sede nacional, Perú al inicio de la Revolución Industrial era colonia de España, se empezaban a germinar las ideas de independencia, la cual recién se consiguió en 1821, una vez instaurada la República la agitada política de nuestra joven nación provocó una sucesión de gobernantes en un corto período de tiempo provocada por golpes de estado continuos. La esclavitud era tolerada socialmente, y el sufragio universal aún era un anhelo.

El mercantilismo de la época se puede apreciar con los siguientes hechos señalados por Artola Gallego & Pérez Ledesma:

“1808: El Código Mercantil de Francia reproduce el contenido de las Ordenanzas de Luis XIV, en el que solo podían constituirse sociedades anónimas con autorización de la Corona y bajo la tutela del gobierno.

1855: Recién en Inglaterra se permite la responsabilidad limitada de los accionistas.

1863 se permite la formalización de sociedades anónima similares a las que conocemos en la actualidad.

Al inicio de la guerra de secesión el senado estadounidense desconfiaba de las “manipulaciones capitalistas””. Artola & Pérez Ledesma (2005, pág. 87)

Durante la Revolución Industrial el sistema económico que se desarrolló fue el mercantilismo, aún con la poca libertad que se pudo desplegar, las “condiciones materiales de vida han mejorado claramente (...), permitiendo a la gente de todo el mundo para comer mejor, vestirse mejor, viajar, aprender, obtener atención médica, y así sucesivamente” (Piketty, 2014, págs. 85, 86). En comparación a la época previa donde los niveles de vida estaban por debajo de los “niveles comúnmente aceptados de subsistencia” (pág. 72).

En todo este contexto de inestabilidad política, es donde empezaron a aplicarse las ideas sobre libre mercado. ¿Son esa Inglaterra, Francia, España los ejemplos de cómo el libre mercado permitió la explotación del empleador hacia el trabajador? ¿Hubo realmente un libre mercado con sus presupuestos de libre competencia y respeto a los derechos individuales en aquellos países durante esa época? O ¿Es acaso que con la limitada libertad que los comerciantes tuvieron se produjo un progreso sin precedentes? La respuesta a estas interrogantes tiene un solo objetivo en común, la cual es conocer si es que realmente, en nuestra historia, la humanidad se ha concedido la oportunidad de experimentar su propia libertad o si acaso siempre ha vivido temerosa de ella y se ha limitado a sustituir el régimen político al cual someterse. Si con el poco respeto y confianza a la libertad la humanidad ha conseguido logros maravillosos, solo queda imaginarnos qué sucedería si esta recibe el trato que merece.

Una ley natural señala que la materia no se crea ni se destruye, solo se transforma. Con la Revolución Industrial, no se creó nueva materia, sino se transformó la materia existente en bienes que permitían satisfacer las necesidades del ser humano, mejorando con ello la calidad de vida de la mayoría. Ese intercambio voluntario masivo solo es posible dentro del libre mercado. La data demuestra que durante la Revolución Industrial las condiciones de vida de los seres humanos, independientemente de su clase social, mejoraron. Sin embargo, los defensores de la regulación laboral siguen criticando a ese intervalo de tiempo. Una de las razones puede ser explicada a partir del desconocimiento acerca de lo ocurrido en esta época, teniendo una aproximación basada en obras de ficción

(como novelas literarias y películas), otra de las razones indica que el motivo escapa a lo económico y se enlaza en una cuestión moral. La controversia entonces consistiría no en si los seres humanos mejoraron su nivel de vida, sino en porqué unos mejoraron más que otros y porqué las mejoras no llegaron tan rápido como quisiéramos.



V. ¿Sobre qué premisas se fundamenta el Derecho laboral?

1) Premisa económica

La premisa económica de la que parte la regulación laboral está vinculada al concepto de plusvalía en la cual el empleador se apropia de parte del trabajo desplegado por el proletario. De manera antitética se encuentra la teoría subjetiva del valor, veamos que proponen ambas teorías.

A. La plusvalía y la teoría objetiva del valor (teoría económica del valor-trabajo)

Una de las contribuciones de Karl Marx a la regulación laboral corresponde a su teoría de la plusvalía. Para Marx, partiendo de la teoría del valor desarrollada por David Ricardo, la plusvalía representa el excedente de trabajo no remunerado que es apropiado por el empleador, puesto que la cantidad de trabajo empleada para la elaboración de los bienes no regula el valor de este, sino constituye su valor (Schumpeter, 1971, pág. 513). Mediante la teoría objetiva del valor se desarrolla el concepto de la plusvalía, derivadas de los análisis realizados por Johann Karl Rodbertus y Karl Marx de economistas clásicos como Adam Smith y de David Ricardo (Huerta de Soto, Lecturas de economía política, 1987, pág. 101). Schumpeter (1971, pág. 353) señala que Marx al único de los economistas clásicos que trató como maestro fue a Ricardo. Acogió sus fundamentos de la teoría del valor-trabajo, difiriendo sólo en cuanto a la relación valor y precio; y al igual que Ricardo, trató de solucionar el problema de la plusvalía, difiriendo en la solución, puesto que a partir de la plusvalía Marx desarrolla su teoría de la explotación (págs. 353, 354); y además “aceptó totalmente (...) la teoría ricardiana de la desocupación tecnológica, pero Marx fue más allá, puesto que, mientras para Ricardo esta era solo una posibilidad, para Marx se convirtió en una “ley” general”. Si bien, Marx en gran parte de su obra critica a Ricardo, “la crítica de Ricardo fue su método de trabajo en su obra puramente teórica” (pág. 353).

Marx desarrolla la teoría de la plusvalía y describe su percepción acerca del funcionamiento del sistema capitalista en su obra *Das Kapital*, por ello tomaremos como referencia aquel libro para explicar qué entendía Marx como plusvalía.

Según Marx, ¿qué es la mercancía?

Es un “objeto exterior que por sus propiedades satisface necesidades humanas” (Marx, 1973, pág. 55). Solo califican como mercancías los objetos que hayan sido producidas mediante la utilización de fuerza de trabajo, excluyéndose a los

recursos naturales (pág. 60). La mercancía tiene como factores al valor de uso y el valor de cambio (pág. 55).

Según Marx, ¿qué es el valor de uso?

El valor de uso representa la utilidad que proveen las mercancías a su propietario, “solo se realizan en el uso o el consumo” (Marx, 1973, pág. 56).

Según Marx, ¿qué es el valor de cambio?

Solo si en caso las mercancías además de satisfacer las necesidades de su propietario, también pueden satisfacer las necesidades de otras personas, tendrán valor de cambio, pudiendo ser utilizadas para las transacciones (Marx, 1973, pág. 100). Bajo esa lógica, el valor de cambio podrá ser utilizado como una referencia al momento del intercambio (por ejemplo para la compraventa).

El valor de cambio se encuentra determinado por la cantidad de trabajo social necesario para su elaboración (Marx, 1973, pág. 58). “Las mercancías que contienen iguales cantidades de trabajo, que se puede producir en el mismo tiempo, tienen, por consiguiente, el mismo valor” (pág. 59). A su vez, el valor de cambio de la fuerza de trabajo es el valor de cambio de las mercancías que consume el trabajador para que pueda subsistir (pág. 178). También señala que la cantidad de los medios de subsistencia para la producción de la fuerza de trabajo comprende los “medios de subsistencia de los reemplazantes, es decir de los hijos de los trabajadores, para que esta singular raza de poseedores de esa mercancía se perpetúe en el mercado” (pág. 178).

Si el valor de las mercancías depende del trabajo socialmente necesario para su producción, podría surgir la duda de lo que sucedería si un trabajador, por desidia o por falta de habilidades, se demora más tiempo en la elaboración de una mercancía, ¿acaso esta mercancía tendría mayor valor porque se utilizó más “tiempo de trabajo” en su elaboración? Karl Marx para resolver esa interrogante precisa que el tiempo de trabajo socialmente necesario excluye los casos del holgazán y del torpe. El trabajo socialmente necesario por tanto debe ser calculado “como si toda la fuerza de trabajo de la sociedad, (...) representase (...) una inmensa fuerza humana de trabajo, no obstante ser la suma de un sinnúmero de fuerzas de trabajo individuales” (Marx, 1973, pág. 58). Por tanto, para Marx el valor de cambio es la cantidad de trabajo socialmente necesario invertido en la producción de un objeto.

Según Marx, ¿qué es el trabajo?

El trabajo es el uso o el empleo de la fuerza de trabajo, el cual debe ser útil (Marx, 1973, pág. 187), en el modelo capitalista el obrero entrega su fuerza de trabajo para la elaboración de un producto a cambio de un pago, y “el producto es propiedad del capitalista, y no del productor inmediato, el trabajador” (pág. 193). Cuando se habla desde el punto de vista del valor se toma como referencia al trabajo simple, el cual será la simple fuerza que proporcione cualquier ser humano sin educación especial. Marx es consciente que el calificativo de trabajo “simple” o “superior” (o “complicado”) es relativo al espacio y tiempo (depende del país y la época), y cuando exista trabajo “superior” esta comparativamente puede ser valorada por una cantidad mayor de horas de trabajo simple (págs. 203, 204). Es decir, asume que la sociedad matemáticamente ante cada tipo de trabajo y mercancía proveniente de ese trabajo tiene que saber cuánto deben valer los bienes.

Según Marx, ¿cuál es el valor de la fuerza de trabajo?

Su valor se encuentra determinado por la cantidad de tiempo de trabajo socialmente necesario contenido en las mercancías que consume el trabajador para poder producir y reproducir su trabajo. Estas mercancías comprenden los bienes y servicios utilizados para que el trabajador subsista y se instruya para poder ser utilizado por el empleador (Marx, 1973, pág. 178).

Sin embargo, ante la interrogante de cómo a su vez, estas mercancías como comida y vestimenta se valorizan, Marx omite pronunciarse. Se asume que siguiendo la lógica de Marx, que el valor de la comida, vestimenta (o lo que fuera que requiera el trabajador para subsistir y seguir ofreciendo su fuerza de trabajo) también estará determinado por la cantidad de trabajo necesario para producirla. Y así en cadena.

Según Marx, ¿cuándo es posible intercambiar mercancías?

Solo es posible el intercambio en equivalencia. Cuando los propietarios “A” y “B”⁴ busquen intercambiar sus bienes, será porque el propietario “A” no le encuentra valor de uso al bien que quiere intercambiar, pero si valor de cambio; sin embargo, esta misma mercancía si tendría valor de uso para el propietario “B”. El propietario

⁴ Marx en este apartado los llama también como guardianes o poseedores.

“B” al obtener la mercancía del propietario “A” lo podrá usar para su propio consumo o para la elaboración de otras mercancías (Marx, 1973, pág. 98).

Ahora, para Marx dentro del comercio lo usual es que las transacciones se celebren sólo mediante mercancías de valor equivalente. Solo cuando haya igualdad en el valor de los bienes estos podrán intercambiarse, puesto que para Marx “donde hay equivalencia no hay lucro” (Marx, 1973, pág. 166). Marx recurre a Aristóteles para justificar su visión de equivalencia en las transacciones, señalando que fue Aristóteles el que ya había descubierto una relación de igualdad del valor de cambio en las mercancías a intercambiarse, pero que la limitación histórica de la sociedad en la que vivió no le permitió analizar mejor esta igualdad (Marx, 1973, pág. 76).

Por lo tanto, si ambas mercancías se intercambian en una relación de equivalencia, y estas tienen igual valor de cambio, entonces ¿de dónde obtiene ganancia el capitalista? Marx se detiene a analizar si la sola circulación de mercancías produce plusvalía, con el siguiente ejemplo del vino y el trigo: un individuo tiene mucho vino y carece de trigo, se encuentra con otro individuo que tiene mucho trigo y carece de vino. Deciden intercambiar mercancías. Intercambian por un valor de 50 (la asignación del precio en dinero es solo imaginaria). Siguiendo el razonamiento del valor de cambio, hay un beneficio mutuo puesto que existe utilidad para ambas partes. Por el contrario, siguiendo el razonamiento del valor de cambio, cambiar 50 pesos de trigo por 50 pesos de vino (y viceversa) no representa aumento en la riqueza de los individuos intercambiantes, puesto que los bienes continúan conservando su mismo valor de cambio. Si el cambio se realiza en dinero el que vendió el trigo recibiría 50 pesos, y el que vendió el vino recibiría también 50 pesos, por tanto Marx encuentra que el intercambio en sí mismo no produce ganancia alguna para el capitalista en el comercio. (Marx, 1973, págs. 165, 166, 167)

Por tanto, convencido de su razonamiento, Marx afirma que “la circulación o el intercambio de mercancías no crea valor” (Marx, 1973, pág. 171) y que la plusvalía no puede provenir por ello de la circulación (Marx, 1973, pág. 168) ¿De dónde proviene entonces la plusvalía?

Según Marx, ¿qué es la plusvalía?

Partiendo del concepto de la plusvalía, Marx desarrolla la teoría de la explotación, la cual será la base para toda su ideología. La interrogante que desencadena su

reflexión es: ¿de dónde proviene la ganancia del capitalista si las mercancías en el comercio se intercambian a valores equivalentes?

La ganancia como aumento del valor, para Marx, solo podría provenir de un tipo especial de mercancía que tiene un valor determinado cuando es comprada y tiene un mayor valor cuando es vendida, es decir que la mudanza de valor provendría del uso de la mercancía luego que es adquirida y antes de ser intercambiada (Marx, 1973, pág. 182).

Dentro de todas las mercancías analizadas, Marx encuentra que es la fuerza de trabajo la única mercancía que tiene esa particularidad. Marx sostiene que la ganancia del empleador proviene del diferencial entre el valor de cambio de la mercancía producida y el valor de cambio de la mercancía original, y ese diferencial se produce por la mercancía denominada fuerza de trabajo (pág. 182)

Por tanto, la plusvalía encuentra su origen en la fuerza de trabajo. Considera que en el sistema capitalista “si el proletario es una máquina de producir plusvalía, el capitalista es una máquina de capitalizarla” (pág. 569).

Dentro de las mercancías existe un capital constante y un capital variable. El capital constante es “la parte del capital que se invierte en medios de producción, es decir, materias primas, materias auxiliares e instrumentos de trabajo”, pero que no cambian su valor en el proceso de producción (Marx, 1973, pág. 213).

El capital variable es “la parte del capital que se invierte en fuerza de trabajo que cambia de valor en el proceso de producción”, puesto que el obrero al agregar valor al objeto con una determinada cantidad de trabajo a más fuerza de trabajo empleada mayor será la del valor del objeto (pág. 213). Es decir, además de reproducir su propia equivalencia, crea un remanente, la plusvalía, que puede también variar, siendo más grande o más pequeño (pág. 213).

Según Marx el uso que hagamos de esa mercancía (esa fuerza de trabajo) para producir nuevas mercancías, nos permitirá generar nuevos valores de cambio, lo cual constituiría la plusvalía. Si compramos una cantidad de fuerza de trabajo a un valor inferior al valor de cambio de los productos elaborados con esa fuerza de trabajo, entonces se habrá generado la plusvalía. El empleador al apropiarse de esa plusvalía, que sería el tiempo no remunerado al trabajador, está explotándolo. Marx asume que el trabajador siempre produce un mayor valor de lo que finalmente el empleador le paga, por tanto se genera una “plusvalía” que es apropiada por el empleador, y es ahí donde este obtiene sus ganancias. Hay cierta

cantidad de fuerza de trabajo necesaria que determina la remuneración, pero existe un excedente que representa las horas que el empleador obliga al trabajador obrero para que este empleador pueda obtener su ganancia, y no podría ser de otra manera porque, como reiteradamente señala en “El Capital”, para Marx las transacciones se realizan a valores equivalentes, y solo intercambiando bienes de equivalente valor no existiría ganancia. Para que haya ganancia, el capitalista necesita explotar al trabajador. De ello, Marx critica la propiedad privada, puesto que si el trabajador tuviese titularidad de propiedad sobre los medios de producción recuperaría el valor de cambio en bienes de la totalidad de la fuerza de trabajo empleada en su producción, pero como el obrero se encuentra en situación de sobrevivencia, debido a su pobreza, solo tiene para ofrecer su fuerza de trabajo.

Dado que, como se señaló, Marx leía a los economistas clásicos, en sus obras se encuentra similitud en el uso de varios conceptos económicos, pero es la teoría del valor la causa de visiones de mundo diametralmente distintas en cuanto a la relación del empleador y trabajador provocada por una distinta determinación de costo e importancia de las preferencias individuales en el mercado, las cuales a su vez, determinarían el valor de los bienes y servicios. Karl Marx, en *Das Kapital* no asimiló dentro su teoría el concepto del costo de oportunidad y la importancia de la utilidad marginal, resultando innecesarias y equivocadas las definiciones y la diferenciación entre valor de uso y valor de cambio.

B. Teoría subjetiva del valor

Las personas por su propia subjetividad tienen distintas valoraciones, y cuando intercambian “entregan algo que subjetivamente valoran menos que lo que reciben”, puesto que de lo contrario no intercambiarían (Ayau Córdón, 2016, pág. 16).

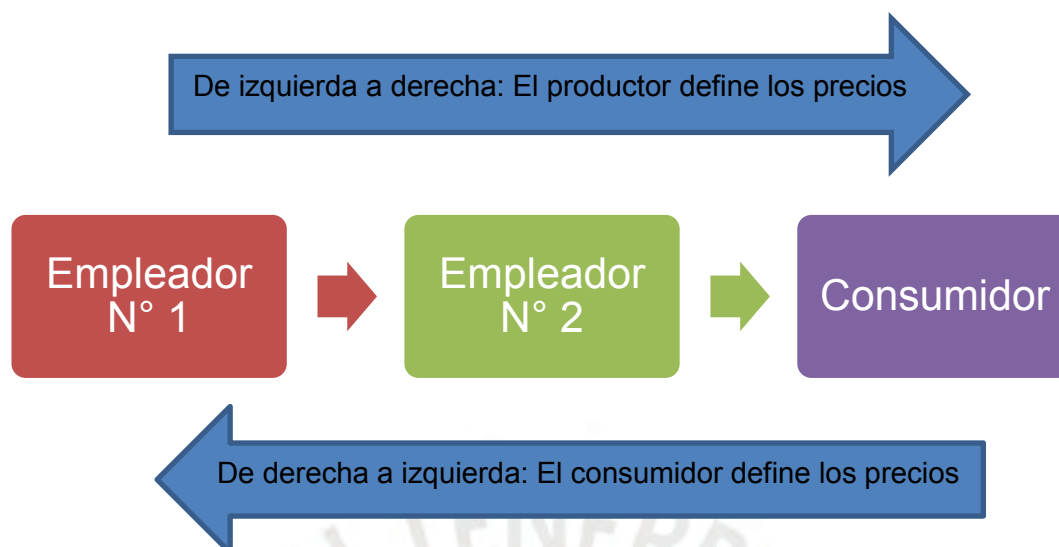
No intercambio un bien pensando en recibir algo equivalente, intercambio algo que no tiene tanto valor para mí, por algo que considero que tiene un mayor valor. Por ejemplo, un individuo “A” que tiene papas y quiere camotes se encuentra con otro individuo “B” que tiene camotes y quiere papas, celebran un contrato de permuta con el cual se acuerda que se intercambiarán tres papas por cada camote. En ese intercambio, “A” valora más un camote que tres papas de su propiedad y “B” valora más tres papas, que un camote de su propiedad. Ambas partes resultan beneficiadas del intercambio, y los bienes (papas y camotes) han ganado valor,

porque han sido transferidas de individuos que las valoraban menos hacia individuos que las valoraban más. ¿Cuánto vale una entrada para ver un partido de football? Depende, no tiene un valor determinado por su propia naturaleza. Si bien podemos establecer un precio, este precio se fijará analizando la capacidad de acogida que tiene el Estadio y la cantidad de individuos interesados en asistir. Nada garantiza que se vendan todas las entradas. Si se falla en la predicción de las preferencias al momento de establecer el precio no se venderán las entradas deseadas. Depende también de si se llega a ofrecer a un público interesado, por ejemplo si promociono la entrada a un grupo que no le interesa el football, probablemente así el precio sea barato o por debajo de mis costos (es decir, a pérdida), no venderé ninguna entrada.

El precio revela preferencias subjetivas. A su vez, como señala William Röpke el valor de los bienes no se define del productor a los consumidores (de “izquierda a derecha”), sino de los consumidores al productor (de “derecha o izquierda”). Es decir, según esta teoría es el precio establecido por los consumidores el que determina los costos (Röpke, 2007). No importa a cuánto asciende el costo contable de producción o el tiempo involucrado para la elaboración de un bien; la determinación del precio depende de los gustos y preferencias de los consumidores y de la escasez del bien. Si yo produzco pelotas cuadradas, por más tiempo y dinero que invierta en su producción, si no me las compran, aun cuando contablemente el costo por unidad ascienda a 40 soles, su precio no corresponderá a ese monto, sino será el que finalmente le asignen los consumidores. Incluso cuando los materiales empleados sean de la mejor calidad, mi infraestructura sea la óptima y se haya cumplido con toda la regulación, el precio será el que los consumidores decidan. Si cobro más de lo que ellos quieren, no me comprarán y perderé más dinero. Puede que simplemente el bien que ofrezco no guste a los consumidores y por ello deciden no comprar mi producto, así lo venda a un precio por debajo de mis costos contables. La teoría objetiva del valor asume que el productor define los precios. Si se sigue la teoría de la plusvalía, será la cantidad de trabajo socialmente necesaria la que determine esos precios. La teoría subjetiva del valor asume que son los consumidores los que determinan los precios, y el empleador en base a una expectativa de precio decidirá cuánto invierte en la fabricación de un bien.

Establezcamos un proceso de producción relativamente simple:

Gráfico N° 3: ¿Cómo se establece el precio?



Fuente: Elaboración propia.

“Ninguna mercancía es fruto exclusivo del trabajo. Se trata siempre del resultado de una intencionada combinación de trabajo y factores materiales de producción” (von Mises, La acción humana, 1968, pág. 949). En el contrato de trabajo confluyen dos intereses, el empleador busca que el aporte del trabajador le haga ganar dinero, el trabajador busca también ganar dinero a través del pago de su salario. El trabajo es solo un factor más de producción y su precio se encuentra determinado por el consumidor cuando este le asigna un precio dentro del mercado.

C. La asimetría de poder

La relación jurídica laboral está compuesta por 2 partes: empleador y trabajador. Uno dispone de los medios de producción y el otro solo cuenta con su fuerza de trabajo. Debido a la asimetría de poder se asume que, dado que el empleador y el trabajador tienen un diferente poder de negociación al momento de establecer las cláusulas del contrato e incluso en la ejecución de éstas, se genera el riesgo de abuso por parte del empleador hacia el trabajador si en caso no existiera normas jurídicas que compensen al trabajador por aquella desigualdad en los hechos. Ello es así porque el empleador dispone de los medios de producción y el trabajador⁵ solo dispone de su fuerza de trabajo. Esta perspectiva de asimetría implícitamente asume una visión estática del mercado de trabajo. Es decir, asume que la regla

⁵ Con mayor énfasis en los casos de mano de obra poco calificada, puesto que su escasez va aumentando conforme aumenta su especialización.

general es que haya pocas empresas o iniciativas empresariales en comparación a la cantidad de mano de obra disponible que busca trabajo. Mucha oferta de mano de obra y pocos puestos de trabajo disponibles permiten que el empleador imponga sus condiciones al momento de contratar (Sanguinetti Raymond, 1996, pág. 149).

La prueba empírica de esta asimetría, según los laboristas⁶, proviene de la época de la Revolución Industrial donde, quedó demostrado que bajo la vigencia del respeto solo de los derechos individuales y en ausencia de regulación laboral se generó una situación de explotación contra el trabajador. En ese sentido, se afirma que los abusos de un sistema guiado por el liberalismo “fueron las semillas que comenzaron a generar la reacción social y sentaron las bases de los rudimentos del derecho del trabajo” (De Diego, 2002, pág. 41) .

Por tanto, cuando se percibe la relación entre empleador y trabajador como asimétrica se están asumiendo como válidas las siguientes afirmaciones:

- Que, la condición del ser humano empeoró en la época de la Revolución Industrial y que su situación se continuaría agravando si es que el Estado no hubiera intervenido con la regulación laboral. Puesto que, el libre mercado sin regulación laboral conduce a una situación de explotación, lo cual resulta contrario a los conceptos de trabajo decente y justicia social.
- Que no puede hablarse de negociación entre iguales cuando las partes son materialmente desiguales. Si bien no se señala que todo empleador, como privilegiado en la relación jurídico laboral, explotaría necesariamente a su trabajador, si se asume que quedaba al arbitrio de cada empleador ejercer ese poder en su beneficio, lo cual constituye un riesgo inaceptable.
- El libre intercambio de bienes no ocurre puesto que, al momento de negociar un contrato de trabajo, en ausencia de regulación laboral, ante las condiciones que le ofrecen, el trabajador solo tiene como alternativa el padecer de hambre, por tanto, se encontrará forzado a someterse a las condiciones del empleador. El trabajador utiliza el dinero de la remuneración para satisfacer sus necesidades. Si el monto del dinero es precario puede que no cubra el mínimo requerido para la subsistencia de él y la de su familia. Si no tiene ninguna titularidad sobre algún bien solo tiene para ofrecer su fuerza de trabajo.

⁶ Por laboristas nos referimos a los defensores de la existencia de la regulación laboral, los cuales, si bien pueden tener distintos motivos para justificar su defensa, con fines explicativos en ocasiones los trataremos con un solo grupo.

Sin embargo, en el libre mercado el intercambio de bienes o servicios en un contrato es neutral, no es justo ni injusto. Existe intercambio porque ambas partes consideran que se beneficiarán. Resulta irrelevante preocuparnos si el que vendió un bien lo hizo porque pasaba hambre y requería del dinero para comprar alimento o vendió su bien porque le estorbaba y encontró un comprador interesado en lo que ya le era inútil. Lo que importa es que al producirse el intercambio ambas partes se encontrarán en una mejor situación. El que pasaba hambre hallará alimento y el que quería ganar espacio lo ganó recibiendo incluso dinero a cambio. Una errónea regulación inhibe a las partes a realizar el contrato o por lo menos a contratar de manera formal.

Se suele objetar que la asimetría de poder es inherente a la relación jurídico laboral, dado que los trabajos no se generan al mismo ritmo que el incremento de la población, y esa escasez agrava la asimetría. Sin embargo, la data refuerza nuestra hipótesis, puesto que aún con todo el crecimiento de la población, ahora hay más trabajo y mejores sueldos.

Actualmente la realidad muestra que sigue existiendo desempleo y adicionalmente una gran proporción del empleo disponible no es pagada de la manera que los individuos esperan ser recompensados. Estos problemas son más graves en países pobres. La única manera de reducir la asimetría es convirtiendo a la mano de obra en un recurso escaso. Se convierte en un recurso escaso, cuando se promueven las iniciativas empresariales. La alternativa con resultados perniciosos es diseñar una regulación en base a concepciones moralmente cuestionables y convivir con la alta tasa de informalidad.

Con la regulación quizá mejoremos momentáneamente a unos pocos por algún tiempo, puesto que si se utiliza la coacción del Estado para trasladar arbitrariamente patrimonio de personas del Grupo "A" a personas del Grupo "B", resulta evidente que los integrantes del Grupo "B" se beneficiarán a corto plazo. Sin embargo, el costo de esa acción es distorsionar el mercado y condenar a la pobreza a muchos por mucho tiempo, puesto que a largo plazo la riqueza se generará a menor ritmo empeorando las condiciones de los integrantes del Grupo "A" y del Grupo "B".

A) Algunas particularidades de la regulación laboral para compensar la asimetría

En el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) se señala como fundamentos de su existencia (que

coincide con los fundamentos que se le atribuye a la regulación laboral) lo siguiente:

“Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas” (Organización Internacional del Trabajo, 2018)

Adicionalmente a ellos, de entre los métodos de interpretación y los principios que inspiran al derecho de trabajo, encontramos a los siguientes:

a. In dubio pro-operario

En caso de duda razonable sobre la interpretación de una norma, el juez o el encargado de aplicarla optará por el sentido más favorable al trabajador (De Diego, 2002, pág. 111). Esta norma también puede tener como fuente a los contratos laborales y convenios colectivos. Resulta razonable que dado que el empleador se encuentra en mejor situación al momento de diseñar las cláusulas que configuran un contrato, entonces la interpretación se realice en favor de la parte que se adhirió o cumplió un papel pasivo en la negociación (es decir, el trabajador).

b. Norma más favorable al trabajador

Se produce cuando en materia de interpretación hay conflicto entre dos o más normas, en el cual se deberá optar por la que resulte más favorable al trabajador (Neves Mujica, 2016, pág. 127)

c. Condición más favorable

Según el cual cuando exista derogación o modificación y la situación anterior fuese más beneficiosa para el trabajador, esta se le deberá respetar, permitiéndole mantener aquel beneficio (Neves Mujica, 2016, págs. 136-137) . A su vez,

acogiendo la doctrina de los derechos adquiridos, se establece que toda modificación contractual que se produzca no puede disminuir los beneficios mínimos (“pisos mínimos”) señalados en la ley, el convenio colectivo o la costumbre (2016, pág. 137).

d. Irrenunciabilidad de derechos

Consiste en la prohibición al trabajador de privarse voluntariamente (renunciar) a los derechos concedidos por normas imperativas. Es decir si el legislador le otorgó al trabajador “beneficios” por medio de normas jurídicas, este no puede renunciar a estos. Esta limitación está dirigida a favorecer al trabajador, puesto que como se asume que el trabajador es la parte débil de la relación jurídica-laboral, de permitirle renunciar, el empleador, aprovechándose de la necesidad o ignorancia del trabajador, podría forzarlo a suscribir documentos en el cual renuncie al ejercicio de algunos de sus derechos.

e. Primacía de la realidad

Para que, en caso de discordancia entre los hechos y documentos, prevalezca lo que figura en los hechos. Se podría afirmar que se deriva del principio de la interpretación de buena fe de la regulación civil donde se apunta a conocer la real voluntad de las partes.

¿Resulta inherente la asimetría a la relación jurídica laboral?

El poder no proviene de la propiedad de los medios de producción, sino de la escasez. La asimetría de poder es causada cuando hay menos cantidad demandada de mano de obra en comparación a la cantidad ofrecida de mano de obra. Lo que hace la regulación laboral es inhibir las iniciativas empresariales contrayendo aún más la demanda de mano de obra e intensificando esa asimetría.

Ilustremos el razonamiento con ejemplos. En el País “A” existen 1100 habitantes y 10 empresas. Cada empresa para desarrollar su actividad requiere de 100 trabajadores. Si esas 10 empresas contratan 100 trabajadores cada una, de la población total tendríamos 1000 personas con empleo y 100 desempleados. Si el número de empresas se redujera a 9, habría 900 personas con empleo y 200 desempleados. En esa línea el desempleo sería mayor mientras menos empresas existieran. Bajo esas circunstancias, el poder de negociación de los empleadores del reducido grupo de empresas existentes se incrementaría. Si en caso de las 10 empresas, solo quedara 1 empresa funcionando, habrían 100 personas con empleo y 1000 personas desempleadas o trabajando como independientes. El grupo de

desempleados competiría por desplazar a los trabajadores con empleo ofreciendo su mano de obra por un precio menor. Por todo ello, si realmente queremos mejorar las condiciones del trabajador, debemos promover que más personas desarrollen su creatividad asumiendo actividad empresarial. Más empresas representan más competencia por la mano de obra.

2) Premisa moral

Dado que no existen razones económicas que justifiquen la regulación laboral, con la finalidad de encontrarle alguna razón que justifique su vigencia, pasaremos a examinar la premisa moral vinculada a la igualdad y la justicia social como fines socialmente deseables.

A. Igualdad y la justicia social

Los seres humanos más allá de nuestras particulares diferencias, tenemos como denominador común a la dignidad humana, la cual sirve de fundamento para proscribir la discriminación o el tratamiento diferente no justificado (Landa, 2017, pág. 29). El derecho a la igualdad como derecho subjetivo “supone el derecho a la idéntica dignidad entre todos los ciudadanos para ser tratados de igual modo en la ley” (pág. 31). Como derecho objetivo supone “la obligación, a cargo del Estado y de los particulares, de no discriminar entre las personas, lo que no impide brindarles tratamientos diferenciados, siempre que dicho tratamiento esté justificado en razones objetivas” (pág. 31). En resumidas cuentas, como todos somos iguales, debemos ser tratados por igual ante la ley.

La búsqueda del bienestar social puede realizarse desde dos enfoques que son excluyentes, el enfoque en la búsqueda por reducir la pobreza y el enfoque en la búsqueda por reducir la desigualdad.

Los liberales se enfocan en reducir la pobreza; no importa si algunos se vuelven enormemente ricos, lo importante es que mejore la mayoría. Los igualitaristas se enfocan en reducir la brecha de la desigualdad. Consideran que la igualdad ante la ley es solo una “igualdad formal”, la cual resulta insuficiente, porque las distintas condiciones entre las que se encuentran los seres humanos impiden que tengan las mismas oportunidades y que las ley les produzca efectos de la misma manera; por ello buscan que, el Estado, mediante la ley, genere esa igualdad en los hechos arribando a una “igualdad material” (Eguiguren Praeli, 1997, pág. 65).

Los igualitaristas con una actitud proactiva y partiendo de una perspectiva monetaria, identifican a la desigualdad económica como un problema moral,

específicamente la desigualdad en los ingresos y la desigualdad en el patrimonio. Les resulta inmoral que unos pocos ganen mucho más que el resto o que unos pocos tengan mucho más propiedad que otros. Exigen que el Estado actúe mediante la ley reduciendo esa desigualdad. El mecanismo contemporáneo más utilizado de redistribución de riqueza lo constituye el impuesto de tasa progresiva. No interesa si el que se enriqueció lo hizo porque los bienes que ofrecía gustaron en el mercado y voluntariamente millones de consumidores lo compran.

Para el igualitarista resulta secundario que todos los sectores socioeconómicos mejoren sus ingresos. Le preocupa que todos los sectores mejoren a igual ritmo. Considera que se genera un malestar, si un grupo mejora más que otro. En esa línea igualitarista, se considera que uno de los retos de la economía en la actualidad consiste en disminuir la brecha de desigualdad en la cual algunas personas son tan ricas como países enteros (Piketty, 2014, pág. 447).

Se considera que “la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones” (Rodgers, Lee, Swepston, & Van Daele, 2009). Los defensores del derecho laboral sostienen que el liberalismo propone una visión donde lo económico es lo importante y el ser humano es secundario, y que no es prudente exaltar la exaltación de la libertad porque esta puede ser inmoral (De Diego, 2002, pág. 40). La desigualdad económica dentro de un libre mercado solo podría ser un problema, siempre y cuando, asumamos como válidas las siguientes afirmaciones:

Afirmación 1: La riqueza es incausada. Esta se genera espontáneamente por el mero paso del tiempo. Dado que la riqueza en mayor o menor medida se genera automáticamente, resulta injusto que un sector reducido de la población se apodere de una mayor proporción de esta. Afirmación 2: La riqueza de unos implica la pobreza de otros. Si una persona acumula riqueza otra persona está perdiéndola. Afirmación 3: La brecha de desigualdad condena a la pobreza a los de escasos recursos.

De otro lado, a los liberales les resulta indiferente la desigualdad económica, puesto que enfocan como real problema a la pobreza y son conscientes que los intentos por reducir la desigualdad al distorsionar los mecanismos del mercado terminan por agravar la pobreza, reduciendo quizá la desigualdad pero con el costo de una sociedad que goce de menos recursos. Una investigación que tenga por objetivo identificar las causas de la pobreza, está condenada a ser una

investigación inútil. Como señala el profesor Ghersi⁷, la pobreza es incausada. El ser humano cuando nace solo es propietario de su cuerpo, y si mantiene el *status quo*, en nada cambiará su situación. De la omisión de acción no puede derivarse riqueza. La riqueza proviene de la productividad. La riqueza, requiere de acción, aunque fuera la más mínima. Cómo por ejemplo, una idea que pueda parecer simple *ex-post* pero afortunadamente fui el primero en pensarla y ejecutarla, invertir arriesgándote, o trabajar cargando sacos de papá por obtener un dinero, cualquier ingreso siempre va a requerir de una acción previa. Por tanto, las investigaciones deben estar dirigidas a identificar las causas de la riqueza.

No existe un método que garantice que la sociedad se enriquezca y que sea más igualitaria a la vez. Existen métodos para redistribuir riqueza como lo podrían ser los impuestos, pero ello de por sí no es garantía que haya más riqueza en el futuro. Por ejemplo, si “A” obtiene ingresos de 100 y “B” obtiene ingresos de 25, puedo idear alguna forma para que ambos obtengan finalmente 50; pero ello no garantiza que “A” vuelva a obtener esos 100 de ingresos. Puede que “A” pierda los incentivos que le llevaron a esforzarse por obtener esos 100 de ingresos.

Cuando el Estado confisca patrimonio con la intención de reducir esa desigualdad lo único que hace es afectar el derecho de propiedad (derecho fundamental). Los igualitaristas al utilizar al dinero como parámetro de igualdad, colocan por medio de la coacción, al que tiene más recursos en servicio del que tiene menos recursos, usando a un ser humano como medio para el fin de otro ser humano.

Debemos tener presente también que no toda desigualdad es discriminación, en tanto exista una justificación objetiva y razonable. Por tanto, si se demuestra que la desigualdad económica presenta justificaciones económicas y de productividad, ésta no debería captar la atención del Estado. Cuando se señala que la causa de que se aplique un tratamiento diferenciado en personas de distinto nivel de riqueza proviene de la expresión “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, lo que en realidad se está afirmando es que el dinero convierte en desiguales a los seres humanos. Esa concepción muestra un desconocimiento sobre qué significa el dinero y cómo funciona el mercado.

Otro prejuicio que goza de popularidad es la de pensar que si todos tuviéramos las mismas oportunidades y patrimonio, la pobreza desaparecería. Este razonamiento es falaz. De hecho, si un gobernante igualitarista en el mundo decidiera hacer un

⁷ Enrique Ghersi Sivla es profesor de Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

reinicio y nos asigna a cada uno de nosotros la misma cantidad de dinero, la misma cantidad de propiedad y la misma cantidad de información (por ejemplo, mediante una misma educación). Paulatinamente con los años empezará a crecer la desigualdad. Los causantes de esa desigualdad serían la creatividad y el esfuerzo. Si bien todos tendríamos propiedades en la misma extensión y características⁸, seguiremos necesitando de otras personas para proveernos de bienes o servicios, como construirse una casa, confeccionar una vestimenta, fabricar una silla, etc. Esta necesidad provoca el surgimiento de la división del trabajo y con ello del mercado. Puede objetarse que aún con todo aquel reinicio imaginario resultará beneficioso, puesto que por lo menos ya no existiría gente pobre. Esa objeción es inconsistente por dos razones.

La primera razón, tiene que ver con que nada garantiza que quien tenga patrimonio no lo derroche. La segunda razón, tiene que ver con que cuando un grupo de personas, a los que llamaremos empresarios, identifique preferencias y empiece a producir bienes que gusten a los demás, empezarán a acumular un patrimonio mayor al resto. Si estos empresarios ofrecen un pago atractivo a los demás individuos (aquellos a quien el gobernante igualitarista entrego dinero y propiedad en igual medida) para que le ayuden en la producción de bienes, los individuos que acepten aquellas propuestas se convertirán en trabajadores. Es evidente que, en una actividad empresarial, el que asume el riesgo no espera a ganar lo mismo que un trabajador, por tanto de esta manera empezaría a generarse la desigualdad.

La idea de justicia social es peligrosa porque carece de significado y motiva una desigual distribución de la renta mercado (Huerta de Soto, Estudios de economía política, 2004, pág. 160). Es decir, mientras en el mercado son los consumidores quienes asignan riqueza decidiendo qué empresarios se enriquecerán o qué empresarios fracasarán; con la justicia social, será el gobernante de turno el que decida a quién se le otorga un subsidio y a quién se le expropia patrimonio. Los liberales defienden la igualdad ante la ley, no una igualdad de resultados puesto que resulta incompatible con la libertad (pág. 261). El libre mercado es susceptible de presentar desigualdad, ello no tiene por qué calificarse como negativo. Si todos nos beneficiamos del proceso de competencia, lo moralmente correcto sería promoverla.

⁸ En este supuesto, las propiedades son de la misma extensión y de las mismas características. Ello no ocurre en la realidad, porque las propiedades difieren de precio dependiendo de su extensión, de su ubicación (por ejemplo, la que este en zona comercial o la que se encuentre más cerca al río o el océano) y de su escasez.

B. El temor de las máquinas y la disminución de los puestos de trabajo

Otra justificación a la existencia de la regulación laboral tiene que ver con que aun cuando se llegue a aceptar que el libre mercado eleva la calidad de vida y genera los incentivos para desarrollar tecnología, se alega que esa misma tecnología, en ausencia de una regulación laboral, terminará destruyendo más empleos de los que podría generar, por tanto, el resultado será mayor conflicto social provocado por una inteligencia artificial más desarrollada.

El temor a que las máquinas nos quiten trabajo no es nuevo, de hecho, está ligada a la tecnología, y su intensidad es mayor cuando el salto tecnológico es abrupto. La máquina no solo ha sido percibida como una amenaza frente a los puestos de trabajo, sino también se la ha calificado como generadora de mayor explotación a los trabajadores, por ejemplo, Marx (1973, págs. 335-336) si bien admitía que en un principio las máquinas le resultaban útiles al trabajador al reducir la cantidad de esfuerzo necesaria para realizar su trabajo, señalaba que finalmente la máquina variaba su función de ayuda al trabajador, provocándole mayor explotación, dado que el margen de plusvalía del trabajador disminuía.

El temor de ser sustituido por la máquina es el mismo el cual entre finales del Siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX (durante el inicio de la Revolución Industrial) en Reino Unido llevó a un grupo de personas (en su mayoría artesanos) liderado por Ned (John) Ludd (personaje de existencia incierta) y cuya ideología se denominó "luddismo", destruyan las aún rudimentarias máquinas textiles (Íñigo Fernández, 2012, pág. 162).

Si fuera cierto que el avance tecnológico sin control causa desastres, entonces debería existir un nexo de causalidad que vincule intervalos de tiempo de mayor progreso tecnológico con un mayor nivel de pobreza. Sin embargo, como frecuentemente ocurre cuando colocan en el banquillo de los acusados a el libre mercado, la data no acompaña a los prejuicios. El 35% de trabajos en Reino Unido podría desaparecer dentro de 10 a 20 años puesto que estos se automatizarán (Deloitte, 2015, pág. 3). Desde 1992 en Reino Unido el trabajo de zapatería y curtido de cuero se redujo en -82%, el textil en 79% y el de agricultura en -50%; en contrapartida el trabajo como enfermeras auxiliares aumentó en +909%, pedagogía +580% y consultores de gestión y negocios en +365% (Deloitte, 2015, pág. 4).

Con la invención y desarrollo de las computadoras muchos trabajos se eliminaron, pero su uso permitió el surgimiento de muchos más. La imprenta eliminó los puestos de trabajo de los que se encargaban de transcribir a mano los textos. La traducción de idiomas automática nos acerca más entre individuos, pero genera una prescindencia de los que trabajan de traductores e incluso reduce la ventaja comparativa que le generaba a una persona el haber dedicado años de estudio a aprender idiomas. Los correos electrónicos redujeron los puestos de trabajo de los carteros. En fin, los ejemplos son miles. La tecnología conlleva a la automatización de procesos y el aumento de productividad. Cuando, debido a la creatividad del ser humano, se innova, ello trae también como consecuencia el que se desechen medios antiguos, y con ello hay un sector descontento, cuyos integrantes se encontrarán obligados a variar su modo de vida, con la angustia y las preocupaciones que ello puedan conllevar.

De hecho, hasta resulta ofensivo pensar que las máquinas perjudicaran al ser humano, puesto que detrás de esa afirmación estaríamos identificando a los trabajadores de mano de obra no calificada como bestias de carga, es decir, si antes requería de bueyes para arar mis tierras, con la adquisición de un tractor, esos bueyes serían prescindibles⁹. Sin embargo, a diferencia de los bueyes quienes no pueden adaptar sus medios para conseguir sus fines, los seres humanos si lo pueden hacer.

La data (Deloitte, 2015, pág. 3) muestra que, aun con el aumento poblacional, la tecnología ha generado más puestos de trabajo, y la tendencia es la de sustituir trabajos mecánicos, por trabajos que más se vinculan con el intelecto. Los que se dedicaban a actividades obsoletas ahora realizan otro tipo de actividades que requieren menor esfuerzo y reciben un mayor pago por ello ¿Cómo serán esos puestos de trabajo que se generarán en el futuro? Nadie sabe, esa es la consecuencia de actuar en libertad, no sabemos que vendrá, pero lo que vendrá será mejor.

Si está probado que la teoría de la plusvalía es equivocada, que resulta engañoso analizar el problema de la pobreza desde el enfoque de la desigualdad, que la asimetría de poder entre empleador y trabajador se compensa mejor con la

⁹ Por lo menos para el arado.

competencia, entonces la conclusión es que la regulación laboral no tiene fundamentos para existir.



VI. Un mundo sin regulación laboral

En este capítulo haremos un ejercicio de abstracción explicando cómo se beneficiaría el trabajador una vez que se hayan derogado derechos como la remuneración mínima vital, el derecho a la estabilidad laboral de entrada y salida, el derecho de vacaciones y los beneficios sociales.

1. Sobre la Remuneración Mínima Vital (RMV)

Las definiciones otorgadas a la remuneración por los juristas resultan contraproducentes porque la convierten en dogma impidiendo analizar las razones detrás de ese concepto y alejándola de su contenido netamente económico, puesto que la remuneración en los hechos se paga con dinero o equivalentes. Si bien, el destino de la remuneración puede tener una finalidad noble como el sostenimiento de una familia, ello no evita que sea calculada como un costo, y que por tanto esté sujeta a la lógica económica.

La Organización Mundial del Trabajo señala que si bien el trabajo “es algo que se vende y se compra (...) los mecanismos del mercado laboral están sujetos a fines más elevados” (Rodgers, Lee, Swepston, & Van Daele, 2009, pág. 8). No desarrollan exactamente como así la sola afirmación de que el trabajo no es una mercancía hace que éste eleve su valor, o como se contribuye a mejorar la calidad de vida del trabajador o si estas concepciones promueven empleos con mejores condiciones. Se limitan a afirmar: “El trabajo no es una mercancía”, con esa afirmación inspirando normas desarrolladas por los Estados adscritos, se pretende desarrollar una forma de escudo protector invulnerable contra las leyes del mercado.

Cuando el empresario realiza una proyección económica de los costos a realizarse, se calculan los costos totales, los cuales comprenden los costos fijos y los costos variables. Los costos fijos son los costos que no varían con la cantidad producida (Mankiw, 2017, pág. 266) como la renta de arrendamiento, el salario de los trabajadores. Los costos variables son los costos que varían con la cantidad producida (Mankiw, 2017, pág. 266) como el costo de la materia prima o la mercancía. Como vemos la remuneración está determinada en su conjunto como un costo fijo.

Una definición de remuneración sin términos gaseosos que la adornen es la del “precio que se paga por el factor de producción trabajo humano” (von Mises, La acción humana, 1968, pág. 949).

Si se admite la expresión que el empleador “busca pagar lo menos posible”, tenemos que identificar quién o qué determina lo “menos posible”. Lo más barato que existe es lo gratuito. Ningún trabajador, por lo menos no de manera prolongada, trabajará gratis¹⁰. Si asumimos que, en ausencia de regulación laboral, el empleador cuenta con un poder ilimitado para determinar los precios a la baja, pero también asumimos que existe una cantidad bajo la cual el empleador no podrá seguir reduciendo la cuantía¹¹, debemos reflexionar quién o que determina esa cantidad. Como ocurre con cualquier otro precio, el punto de equilibrio lo determina el mercado.

Dentro de un libre mercado, el precio de la mano de obra al igual que cualquier otro bien o servicio está determinado por la preferencia de los consumidores. Es decir, por la oferta y la demanda. En el mercado de mano de obra, la oferta la constituyen los trabajadores que ofrecen su mano de obra, y la demanda la constituyen los empleadores que requieren de esa mano de obra como factor de producción para elaborar sus bienes u ofrecer sus servicios. Ese mercado, a su vez, se encuentra influenciado por otros mercados, dentro de los cuales el empleador ofrece su bien o servicio. De tal manera que si el empleador no consigue cobrar el precio previsto por el bien o servicio que ofrece en el mercado, ello repercutirá también en las futuras remuneraciones del trabajador o incluso en la posibilidad de si conserva su puesto de trabajo. Los mercados siempre se encuentran en interacción, no existe justificación económica para excluir arbitrariamente al mercado de mano de obra de esa interacción.

La RMV es un piso mínimo cuya finalidad es la de por lo menos proveer un ingreso que le permita subsistir al trabajador y a su familia. Si el monto de la RMV está debajo de los salarios de mercado, la RMV será irrelevante puesto que esa situación solo se produciría cuando la productividad del trabajador es mayor a la RMV. Si el monto de la RMV está por encima de los salarios de mercado, se genera un mercado paralelo, puesto que en esa situación la productividad del trabajador es menor a la RMV. En todo caso, la RMV sólo beneficiaría a los trabajadores cuya productividad es inferior a dicho monto.

Cuando la RMV es superior a los precios de mercado sus efectos varían dependiendo de si coexiste o no con la estabilidad laboral de salida:

¹⁰ Podrían darse supuestos donde quiera mostrar mi valía para un puesto especial y ofrezca como prueba mis servicios de manera gratuita.

¹¹ ¿Se trabajaría por 50 centavos? Probablemente no.

- 1) Si existe estabilidad laboral: Dado que no se puede resolver unilateralmente el vínculo, ante un aumento de la RMV el empleador coaccionado por la ley tendrá que pagar más. En un supuesto de mayores ingresos netos para la empresa, con el excedente en las utilidades, disminuyen los incentivos a contratar formalmente trabajadores adicionales (creando nuevos puestos de trabajo), puesto que parte de ese excedente se destinará a pagar el aumento en la RMV de los trabajadores con los que ya contaba.
- 2) Si no hay estabilidad laboral: La ley prohíbe la contratación por un precio inferior, con lo cual el empleador si encuentra que el trabajador le cuesta más de lo que produce, entonces lo eficiente será el despido. La relación de trabajo no se basa en la caridad (por lo menos no a largo plazo) al igual que un consumidor no compra bienes por caridad.

En cuanto al cuestionamiento del monto del RMV, no resulta coherente comparar los montos de las remuneraciones que perciben en promedio los ciudadanos en países distintos, sin antes comparar la productividad promedio que generan. El dinero solo es un instrumento que representa valor y no se puede pagar por lo que no se produce.

La productividad es la que determina el salario del trabajador. Si un trabajador produce 1000 al mes, no le pagarán más que eso. Puesto que el empleador, al ser una agente racional, no contratará a pérdida. Si la demanda de mano de obra es baja, solo las personas con calificación podrán acceder a un trabajo formal. Por el contrario, si la demanda de mano de obra es alta, una persona sin estudios puede exigir un mayor precio por sus servicios, debido a que la mano de obra en circunstancias de alta demanda se convierte en un bien escaso.

Debemos evitar interpretar de manera equivocada la “calificación” de mano de obra. Por ejemplo, si se trata de puestos de trabajo como cargador o mozo de restaurante, el empleo lo obtendrá quien tenga mayores calificaciones que estén vinculadas con el giro del negocio. Mayor educación no es necesariamente mayor productividad. La mayor productividad está relacionada con una mayor satisfacción de las necesidades de los consumidores. Ganas más en tanto eres más útil a la sociedad en su conjunto. Al igual que ocurre con las empresas que son premiadas con ganancias y castigadas con el fracaso y quiebra en tanto satisfagan o no las necesidades de sus consumidores, un trabajador por más títulos académicos que haya obtenido, si no le sirve al empleador para producir bienes más baratos y de

mayor calidad podrá ser desplazado por otro trabajador, que no tenga esas calificaciones, pero que si sea útil a la función encargada.

En un debate realizado en EE.UU acerca de “¿Quién protege al trabajador?” (Chicago, 1979), cuando Lynn Williams, *International Secretary United Steelworkers of America*, sostuvo que la prosperidad de EE.UU. fue consecuencia de los movimientos laborales, y que de no existir el salario mínimo nada de eso hubiera sido posible. Ante dicha afirmación el Profesor de Economía Walter Williams de la *Temple University* replicó que si la sola existencia de los salarios mínimos pudieran hacer más rica a la gente, bastaría con que se le pida a la gente de Bangladesh que se agrupe y exija mayores salarios mínimos, concluyendo que ello le resultaba ridículo.

Cuando un empleador paga por encima del RMV, no lo hace obligado por la ley, sino porque no tiene otra opción. Por ejemplo, si la ley exige S/. 930 y el empleador paga S/. 2000, no lo hace por caridad, sino porque el precio de mercado de ese trabajador es mayor y si le paga un monto inferior, aquel trabajador se irá a otra empresa.

La pregunta es, ¿qué pasa si el Estado inhibe las iniciativas empresariales y no hay empresas compitiendo por llevarse esa mano de obra? Al igual que en otros mercados, ante una distorsión proveniente de la regulación, los resultados son negativos para las partes involucradas. En el caso del mercado de mano de obra, la relación entre mayor intervención y mayor escasez de puestos de trabajo es directamente proporcional.

2. Sobre la Estabilidad Laboral

Cuando se debate sobre los incentivos que influyen en el rendimiento del trabajador dentro de una empresa se suele proponer elevar el monto del salario para que el trabajador se sienta valorado y así mejore su rendimiento. Sin embargo, no se repara con que los incentivos tienen que ir acompañados de desincentivos, lo que coloquialmente se denomina la teoría de la “zanahoria y el garrote”. La “zanahoria” es el aumento en la remuneración y el “garrote” es el despido en caso ese rendimiento no se verifique. El incentivo cumple su finalidad cuando induce a una conducta positiva que permanezca en el tiempo reforzada con el hecho del temor de perder dicho incentivo si es que la conducta dejar de ser la deseada. Es decir, si por eficiencia pago más, mis trabajadores estarán

motivados a trabajar a la misma eficiencia siempre y cuando teman perder el aumento recibido si en caso merman su rendimiento.

El “garrote” pierde su eficacia cuando la ley o el órgano jurisdiccional establecen exigencias probatorias elevadas para acreditar el menor rendimiento del trabajador. Si el “garrote” no funciona entonces todo el esquema de incentivos y desincentivos pierde sentido.

Por otro lado, la estabilidad esconde 2 razones para su existencia, una que surge de la incertidumbre del trabajador de poder volver a encontrar trabajo en caso lo pierda y otra que surge del trabajador que planifica su vida pensando en recibir un sueldo de manera sostenible en el tiempo.

Primera razón a favor de la estabilidad laboral: ¿Qué pasa si no hay más trabajo?

Cuando un trabajador independiente, como por ejemplo un abogado pierde un cliente pierde una fuente de ingresos, pero no por ello la ley lo vincula de manera permanente a su cliente¹². Los motivos por el cual un abogado podría preocuparse de esa situación, es porque percibe que no existen más clientes en el mercado o acaba de perder el único cliente que confió en él, y con ello a su única fuente de ingresos. De la misma manera, un trabajador dependiente frente a un despido solo tendría temor si es que no existen o hay muy pocos puestos de trabajo disponibles a los que podría postular o, si en caso es consciente que solo mantenía su empleo por la exigencia de la ley y no por voluntad de su empleador, con lo cual siente que nadie más lo va a contratar.

El libre mercado al permitir que se desarrollen las iniciativas empresariales posibilita una mayor movilidad laboral. Por el contrario, la regulación laboral la reduce a su mínima expresión. La estabilidad laboral es inversamente proporcional a la movilidad laboral, puesto que eleva los costos de resolución unilateral del contrato, inhibiendo con ello la generación de empresas.

Adicionalmente a ello, la estabilidad laboral de salida acarrea costos muy elevados los cuales desincentivan a las empresas al momento de contratar a un trabajador. Estos costos comprenden las indemnizaciones por despido que involucran conceptos de contenido político, las remuneraciones devengadas, la reposición, entre otros. A su vez, ello encarece los costos de equivocarse al momento de

¹² El elemento de la subordinación que distingue a dependientes e independientes, por lo menos en este apartado resulta irrelevante.

contratar. Una empresa que desee cumplir con la normativa solo dispone del periodo de prueba para conocer si su trabajador puede rendir conforme a lo esperado. Si el trabajador merma su rendimiento habiendo superado el período de prueba, no hay posibilidad de corrección, quedando en la voluntad del trabajador cumplir por lo menos con el rendimiento esperado si es que espera ascender u obtener un mejor sueldo.

Segunda razón a favor de la estabilidad laboral: ¿Qué pasa con la deuda que el trabajador contrajo pensando pagarla con sus futuros sueldos?

Es el temor proveniente de no saber cómo costear mi estilo de vida diseñado a través de la proyección de ingresos futuros en base a mis ingresos actuales. Resulta cuando menos curioso, que se critique al libre mercado de promover una sociedad consumista, cuando los defensores de la regulación laboral buscan que el trabajador cuente con la seguridad de sus ingresos futuros para que pueda consumir con menor riesgo. Es decir, adquirir vivienda, vehículos, bienes muebles mediante deudas con una entidad financiera, realizando una proyección de ingresos futuros a causa de la estabilidad laboral. Actualmente ese razonamiento se está extrapolando a otros tipos de situaciones como el procedimiento concursal a la persona natural o con su variante más peligrosa el *fresh start*.

Toda actividad vinculada al dinero conlleva riesgo. El trabajo humano es digno, como también es digno el comercio o cualquier otra actividad humana. El contenido que le otorgan los defensores de la regulación laboral a la dignidad humana, nada tiene que ver con la productividad y con el dinero. De hecho, resulta peligroso vincular dignidad con dinero puesto que desvía el debate de un plano netamente económico a un plano político, lo cual conlleva el riesgo de populismo.

La estabilidad laboral en los hechos encierra en un círculo vicioso de pobreza a las empresas pequeñas. La empresa requiere de crédito para poder invertir y aspirar a crecer. Para que accedan al crédito requieren formalizarse acorde a las normas tributarias y laborales, porque de lo contrario las contingencias legales volverían inviable el negocio. Dado que no pueden cumplir con los costos que implica la regulación laboral, tampoco pueden acceder al crédito (solo a créditos ínfimos a elevadas tasas de interés), completándose con ello el círculo de pobreza. Una empresa que no crece o fracasa dejando más desempleados en la sociedad o continua operando con ingresos mínimos con lo cual tampoco mejoran los sueldos de sus trabajadores.

Los que tienen un trabajo en el sector público monopolizan su puesto de trabajo excluyendo al resto de la sociedad de poder acceder a ese puesto mediante el mérito. Es decir, durante el tiempo que se encuentre laborando determinado trabajador público, por más que aparezcan otros individuos más capaces, como el trabajador goza de la estabilidad, los costos de su ineficiencia serán trasladadas al resto de la sociedad que se encontrará privada de resultados más eficientes. Es curiosa la visión de los defensores de la regulación laboral que son reticentes a cualquier atisbo de monopolio en las relaciones comerciales, pero las alientan cuando se trata de puestos públicos.

Es cuestionable el motivo por el cual el elemento de la subordinación despliega efectos distintos en los contratos de trabajo en comparación a los contratos de locación de servicios. Nada aportan los añadidos de dirección, fiscalización y sanción que se derivan de la subordinación, ni tampoco en que la relación entre empleador y trabajador tenga "vocación de permanencia". No hay nexo de causalidad entre la proposición ser subordinado en la realización de una actividad con la proposición de obligar al empleador a pagar por servicios que ya no requiere. La obligación debe extinguirse cuando el empleador deja de requerir el servicio. Si el servicio se otorgó y el empleador no ha realizado el pago, como ocurre ante el incumplimiento de cualquier obligación civil esta deberá ser pagada con los intereses que se pudieran devengar. La clasificación entre subordinados e independientes para efectos económicos o morales resulta irrelevante, es una construcción jurídica que ha servido para aparentar una real diferencia que justifique la aplicación de la regulación laboral en las personas que trabajan de manera dependiente.

Probablemente detrás del motivo de otorgar protección a quien está sujeto a la subordinación, se encuentra la concepción preindustrial de que solo siendo propietarios de grandes extensiones de tierra se podía ser empleador, concepción proveniente de la época en la que empezó a idearse la regulación laboral, donde la actividad primordial era la agricultura y los propietarios de los medios de producción eran los Monarcas y los nobles. Sin embargo, el tiempo ha cambiado. Antes no existía un marco político en el cual pueda prosperar el libre mercado. Desde la Revolución Industrial, cada vez es menos necesario disponer de medios de producción o ser aliado de la monarquía (o cualquier variante de Estado) para realizar empresa como sí lo era en la época preindustrial.

De hecho, dos personas con similar nivel educativo o patrimonio encontrarían distinto tratamiento si es que uno de ellos elige aplicar para ser subordinado y el otro elige transitar por el camino del trabajador independiente. El subordinado obtiene la protección de la regulación, con lo cual si su empleador en determinado momento decidió contratarle, entonces este se encuentra obligado a velar por sus ingresos mientras su trabajador cumpla relativamente lo que ofreció al momento de celebrar el contrato, por más que el empleador ya no desee contar más con sus servicios. Por el contrario, el trabajador independiente tiene que competir por ingresos. Vende bienes u ofrece sus servicios en el mercado siempre con la incertidumbre de si conseguirá clientes¹³. No existe una ley que obligue a los consumidores a comprar una cantidad mínima a “precios dignos” para que el comerciante tenga “ingresos dignos”. El que eligió ser independiente tiene que competir constantemente por proveerse ingresos para él y para su familia; el tener hambre y familia no es exclusivo del trabajador dependiente. El que eligió ser dependiente solo debe convencer al empleador que cumplirá con el trabajo al inicio de la relación jurídica o hasta que concluya el periodo de prueba.

Se podría alegar que sin regulación laboral una competencia intensa buscando captar clientes dentro de un mismo mercado puede llevar a los empleadores a empezar lo que se denomina como “guerra de precios”, y que buscando reducir costos para optimizar ganancias, traslade la reducción de costos al salario de los trabajadores, pero ello sólo será posible si disuadimos el surgimiento de nuevos empleadores que compitan para atraer esa mano de obra, de manera que esos salarios no se reduzcan y por el contrario aumenten su precio. Esa es la razón por la cual en países más productivos los individuos ganan sueldos elevados, por encima de la RMV.

Aplicando el cuestionable principio de solidaridad, en el cual los que tienen más recursos tienen que subsidiar la vida de los demás, encontramos que el que tiene trabajo tiene ventajas comparativas sobre el que no lo tiene. Bajo esa lógica llegaríamos a la irracional conclusión de justificar que los que gozan de un puesto de trabajo paguen parte de su sueldo a los que no han podido encontrar trabajo.

¹³ Esta realidad no es analizada usualmente porque solemos percibirnos como empleadores a las empresas transnacionales. Cualquier independiente con ideas y un poco de recursos puede ser empresario. Su éxito dependerá de cuan útil resulta los bienes o servicios que ofrece en el mercado. Sin embargo, tampoco podemos obviar el hecho que hasta las empresas transnacionales si bien tienen una demanda importante, con una competencia intensa, en corto plazo pueden verse desplazadas.

Una de las distorsiones que genera la regulación laboral en el mercado de la mano de obra está vinculada a las barreras de entrada. Una empresa con importante capital puede asumir los costos que le impongan siempre y cuando el negocio le siga reportando utilidades. Sin embargo, potenciales competidores con ideas innovadoras serán disuadidos de competir porque no pueden asumir las estructuras de costos que implica cumplir con la regulación. Con lo cual, la empresa ya asentada con una demanda ya constituida se encontrará protegida de la competencia por dicha barrera de entrada que disuade la aparición de nuevos competidores.

Los ingresos del independiente (potencial empleador de subordinados) están sujetos a la lógica económica. Con esos ingresos además de proveerse de los insumos que utilizará para ofrecer sus bienes o servicios, también tendrá que costear las exigencias de la regulación estatal (dentro de las cuales se encuentra la regulación laboral). El desarrollo de cada actividad que conlleve su giro del negocio dependerá del análisis costo-beneficio de sus costos fijos y variables, por tanto por más que los defensores de la regulación laboral exijan no percibir al trabajo como una mercancía, finalmente también estará sujeta a la lógica económica.

En un mundo sin regulación laboral donde los contratos se guíen por el principio de *pacta sun servanda*, bajo el cual si en un contrato de trabajo se acordó que un empleador contrataría a un trabajador por un intervalo de tiempo determinado a cambio de determinado monto de dinero, entonces el empleador tendría que cumplir con ejecutar su prestación o indemnizar al trabajador en caso quiera resolver el contrato. Como ocurre con cualquier otro tipo de contrato. Si en caso el contrato de trabajo celebrado fuera un contrato de duración indeterminada, los plazos se manejan como en el contrato de suministro. Si el empleador busca ponerle fin al contrato de duración indeterminada, bastará con expresar su voluntad unilateral. Si busca reducir el precio de la remuneración o el retiro de alguna de otras obligaciones patrimoniales que hubiera asumido a favor del trabajador, el trabajador siempre contará con 2 opciones, buscar otro trabajo o iniciar una actividad como trabajador independiente. No hay razón por la cual el despido en un escenario de libertad constituya un panorama oscuro, puesto que la escasez de los puestos de trabajo no es propia del mercado de mano de obra, sino consecuencia de la distorsión del mercado provocada por la regulación laboral.

3. Sobre los beneficios sociales

Neves sostiene que las gratificaciones (como Fiestas Patrias y Navidad) no tienen una naturaleza contraprestativa (Neves Mujica, 2016, pág. 34). Con lo cual, en apariencia, es el Estado el que por medio de una ley obliga al empleador a desembolsar de su patrimonio un dinero que no tenía pensado entregarle al trabajador para pagar por dichos beneficios sociales. Sin embargo esto es una falacia dado que ese dinero proviene directamente de la productividad del trabajador (Huerta de Soto, Socialismo, cálculo económico y función empresarial, 2005, pág. 313). Es decir, ese dinero de igual manera, en ausencia de la ley, se le tenía que pagar al trabajador. Lo que sucede es que el empleador prorratea lo que tenía pensado entregarle al trabajador en función a lo que dispone la regulación. Si al trabajador le correspondía como pago por su trabajo de un año un monto "X", se le entrega cada mes "X/12" (si la regulación computa 12 remuneraciones) o quizá "X/14" (si la base del cómputo son 14 remuneraciones). Es decir, el empleador solo divide el monto que tiene pensado pagar entre la cantidad de conceptos remunerativos que la ley le exige, por lo que si en el futuro una ley impone la obligación de pagar 50 remuneraciones al año, el empleador en abstracto realizará una similar operación: "X/50". La misma operación se formula con todas las prestaciones que paga el empleador, llámese CTS, bonos de productividad, etc.

Consideramos que los factores que pueden influenciar en el mercado de mano de obra comprenden, a la cantidad de mano de obra disponible, la cantidad de empresas que requieran de esa mano de obra, la productividad de cada trabajador, la estabilidad de la moneda, entre otros. Por ejemplo, no es casualidad que en determinados lugares geográficos haya más empresas o que haya más productividad.

La razón radica en que al trabajador no se le entrega más de lo que produce, sino el empleador entra en pérdida, y nadie contrata, conscientemente, a pérdida. Como vemos es solo un beneficio aparente que nos lleva a asumir que la intervención del Estado ha resultado útil, y que sin la existencia de la ley ese dinero no hubiera podido ser trasladado del patrimonio del empleador al patrimonio del trabajador.

4. Vacaciones

Si la demanda de mano de obra es baja en comparación a la cantidad ofrecida, se produce un exceso de la oferta, con lo cual el precio de la mano de obra se reduce, Ello trae consigo un incremento en el poder de negociación del empleador puesto

que tendrá más trabajadores compitiendo por conseguir un puesto de trabajo. En este escenario el empleador tiene menos incentivos para pagar más.

Por el contrario, en ausencia de regulación laboral, para que las empresas atraigan la mano de obra no están limitadas a competir por ofrecer un mejor precio (remuneración), sino que pueden ofrecer otro tipo de prestaciones de manera adicional a la remuneración. Dentro de estas prestaciones podemos encontrar a las vacaciones, bonos extraordinarios, participación de utilidades, etc. Por ejemplo, ante la disputa por un trabajador o por un grupo de trabajadores una empresa puede ofrecer una remuneración de 10,000 y otra puede ofrecer 9,000 con 30 días de vacaciones. Dependerá de las valoraciones de cada individuo optar por cada paquete de prestaciones. El razonamiento es similar a cuando las empresas buscando captar la preferencia de los consumidores, no solo ofrecen productos en términos de calidad y precio, sino que para distinguirse de la competencia añaden otras condiciones como garantías o servicios postventa.



VII. Test de proporcionalidad de la regulación laboral

En este capítulo utilizaremos el test de proporcionalidad para examinar si la regulación laboral resulta “constitucional” en cuanto al respeto de los derechos individuales. No se puede objetar este razonamiento alegando que el test de proporcionalidad debería tomar en cuenta también los derechos sociales, porque esta tiene una vigencia posterior¹⁴. Es decir, si bien el test de proporcionalidad recién aparece cuando ya es un consenso tomar como punto de partida la vigencia de los derechos sociales, debemos analizar si es que bajo ese test podrían haber sido admitidos estos derechos sociales. Para ello regresaremos en el tiempo a cuando solo se admitían teóricamente los derechos individuales (aun cuando efectivamente no se cumplían) y el debate consistirá en la incorporación de los derechos sociales, en particular la regulación laboral, para conocer si puede superar el test de proporcionalidad. Constatar si ante el problema diagnosticado de condiciones precarias del trabajador, la propuesta de una regulación laboral resulta efectiva y conveniente para el trabajador.

El objetivo de la exigencia de un test de proporcionalidad es el de reducir el riesgo de arbitrariedad al momento de elegir el ejercicio de un derecho fundamental desplazando el ejercicio de otro en colisión.

El test de proporcionalidad no es infalible, de hecho está condicionado por las premisas de las que parte el análisis. Por ejemplo, si los magistrados encargados de aplicarla consideran que, tener mucho patrimonio es inmoral o que en la sociedad debe existir igualdad de ingresos, en base a ello desarrollaran su análisis. El problema se origina cuando los magistrados parten de premisas que se fundamentan en prejuicios o información proveniente de lecturas ligeras. Puesto que, todo el análisis que desarrollen en base a esas premisas, será inútil, dado que de premisas ligeras solo pueden derivarse conclusiones equivocadas.

Se examina la restricción que causa la regulación laboral en el derecho a la libertad contractual (derivada de la libertad individual). Entendemos que los que defienden la regulación laboral no tienen un afán de defender la existencia de este subsistema legal solo porque ya se encuentra positivizado, sino que consideran que dicha regulación es imprescindible para que el trabajador goce también de libertad contractual, puesto que bajo su visión de mundo, sin regulación el trabajador será explotado, al no poder determinar las cláusulas que configuran su contrato.

¹⁴ Sería engañoso incluir en el test los derechos sociales, puesto que por ejemplo si la mayoría en el mundo decidiera incorporar la discriminación racial incluso en tratados internacionales, no podríamos alegar que como ya está en un tratado internacional ahora la discriminación racial forma parte de nuestros derechos y por tanto no debe ser discutida.

1. Examen de idoneidad

“La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto. Se trata del análisis de una relación medio-fin” (Exp. 00045-2004-AI, 2005)

El examen consiste en verificar si la regulación laboral es la idónea o adecuada para proteger al trabajador. Como señalamos, si el empleador y trabajador vivieran en una isla, aún con todo lo cuestionable que representa arrebatarse a una persona patrimonio para trasladársela a otra, la regulación laboral sí sería la adecuada para conseguir beneficiar al trabajador.

Pero el mundo real no es una isla habitada por 2 personas. En esa isla no habría a quien vender bienes u ofrecer servicios, por tanto resultaría complicado, también, que surja una relación laboral y con ello la existencia de empleadores y trabajadores. En el mundo real, no solo existe un solo empleador y un solo trabajador, sino hay miles de millones de personas interactuando constantemente y con ello miles de millones de contratos celebrándose y ejecutándose. Dentro de esa interacción, la regulación laboral constituye un costo sin justificación moral o económica que entorpece el mercado de mano de obra perjudicando la condición de los trabajadores quienes encuentran reducida su posibilidad de conseguir empleo o de ver incrementada su remuneración.

La regulación laboral puede tener intenciones muy nobles, pero no sólo es ineficiente porque dilapida recursos, sino ineficaz porque no consigue su objetivo el cual es mejorar las condiciones del trabajador. Por tanto, la regulación laboral no superaría el examen de idoneidad.

2. Examen de necesidad

Se examina si existen otros medios alternativos que sean menos gravosos y que puedan cumplir de manera idónea el mismo fin. Es decir, se realiza un análisis comparando los medios (todos ellos idóneos), dentro de los cuales se seleccionara al menos gravoso (Exp. 00045-2004-AI, 2005).

El examen consiste en analizar si existen medios alternativos menos gravosos que la regulación laboral para conseguir mejorar la situación trabajador.

La regulación laboral no superó el primer filtro constituido por el examen de idoneidad, por lo cual, ya no debería continuarse con el segundo examen; sin embargo para fines hipotéticos, asumiremos que la regulación laboral es útil y que sí beneficia al trabajador. En esa línea, ante la interrogante de si en caso existen alternativas menos gravosas a la libertad humana para conseguir mejorar la condición del trabajador, la respuesta involucra nuevamente al libre mercado.

Nuestra naturaleza de seres humanos se despliega mejor en situaciones de libertad. Luego de aproximadamente 200 años del inicio de la Revolución Industrial tenemos miles de millones de seres humanos más habitando el planeta y aun así en global se trabaja menos obteniendo un mayor pago.

3. Examen de proporcionalidad en sentido estricto

Se compara el grado de optimización del fin constitucional con la intensidad de la afectación de un derecho. Si se va a afectar a un derecho constitucional, entonces la optimización del derecho que se prefiere debe ser mayor (Exp. 00045-2004-AI, 2005). A fin de cuentas un análisis económico similar con lo postulado por Kaldor y Hicks que consiste en calificar de eficiente cuando se gana más de lo que se pierde (Cooter & Ulen, 1998, pág. 66).

El examen consiste en analizar si el beneficio ideal al que aspira arribar la regulación laboral (en caso pudiera materializarse), es por lo menos equivalente a la afectación a la libertad contractual del ser humano. Existiría controversia si forzando los hechos y la lógica económica asumimos que la regulación es idónea y necesaria, en esa línea aceptando que hay asimetría y que la libertad genera el riesgo de explotación, convendría una intervención del Estado para evitar que el empleador utilice ese poder de negociación superior para establecer cláusulas a conveniencia. Sin embargo, ello es solo un ejercicio hipotético. Si la regulación laboral no sirve para mejorar la situación de los trabajadores, ni tampoco es la medida menos gravosa para mejorarla, resulta innecesario realizar este último test.

VIII. Conclusiones

1. La valoración económica de la mano de obra, como sucede con cualquier otro bien o servicio en el mercado, se encuentra determinada por las leyes del mercado. Por tanto, las declaraciones políticas de no abordar al trabajo como una “mercancía” resultan irrelevantes; si nuestro objetivo es mejorar las condiciones del trabajador, para conseguirlo debemos guiarnos por la lógica económica.
2. La Revolución Industrial no fue un acto deliberado, sino un fenómeno producto del experimento del ser humano en la tecnología y el comercio. Sus resultados fueron progreso económico y mejoras en los índices de bienestar en la población. Por el bien de los trabajadores dependientes es necesario retomar la discusión sobre si la libertad contractual en el mercado de la mano de obra resulta positiva o genera explotación.
3. La teoría de la plusvalía no es útil para explicar el valor de los bienes y con ello el precio de la mano de obra, puesto que implica necesariamente que los bienes tengan un valor objetivo. El precio de un bien no depende de los costos de producción, sino de la utilidad que le generan a los consumidores, por tanto su valor es subjetivo.
4. La asimetría en el poder de negociación, que es el verdadero temor subyacente que busca combatir la regulación laboral, se agravará o se atenuará dependiendo de la escasez de la mano de obra. Mientras más rígida sea la regulación, más intensa será la asimetría, puesto que habrá menos empleadores requiriendo la mano de obra; y habría un exceso de oferta de mano de obra, llevando con ello el precio a la baja. La única manera de mejorar la situación del trabajador es convirtiendo a la mano de obra en un recurso escaso. Esa afirmación podría despertar temores ante el crecimiento demográfico, sin embargo en la actualidad vivimos miles de millones de personas más habitando el planeta y las condiciones de los trabajadores no han hecho más que mejorar (a pesar de la regulación laboral).
5. Si se hubiera aplicado el test de ponderación cuando los legisladores pensaban promulgar los derechos sociales, estos hubieran sido declarados inconstitucionales, por afectar sin justificación a la libertad individual.

Bibliografía

- Arce Ortiz, E. G. (2013). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias* (Segunda ed.). Lima: Palestra.
- Arnaudo, F. (2013). Teoría de la plusvalía en Marx. *Revista Cultura Económica*, 31(86), 43-49.
- Artola Gallego, M., & Pérez Ledesma, M. (2005). *Contemporánea*. Madrid: Alianza Editorial.
- Ayau Cordón, M. F. (2016). *Un juego que no suma cero* (Tercera ed.). Guatemala: Centro de Estudios Económico-Sociales.
- Boza Pró, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. *Themis*, 65, 13-26.
- Brue, S. L., & Grant, R. R. (2009). *Historia del pensamiento económico* (Sétima ed.). México, D.F.: Cengage Learning.
- Bullard González, A. (2006). *Derecho y Economía* (Segunda ed.). Lima: Palestra Editores.
- Bullard González, A., & Gamero Requena, J. (2014). La remuneración mínima vital y su impacto en los trabajadores. *Themis*(65), 205-215.
- Cameron, R., & Neal, L. (2014). *Historia Económica Mundial* (Cuarta ed.). Madrid: Alianza Editorial.
- Campos Bernal, H. J. (2013). *¿Existen diferencias entre la exigibilidad de los derechos civiles y los derechos sociales?* Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Chicago, U. d. (Dirección). (1979). *Free to Choose* [Película].
- Comín Comín, F. (2014). *Historia económica mundial*. Madrid: Alianza Editorial.
- Cooter, R., & Ulen, T. (1998). *Derecho y economía* (Primera ed.). México, D. F.: Fondo de cultura económica.
- De Diego, J. A. (2002). *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social* (Quinta ed.). Buenos Aires: ABELEDO-PERROT.
- Decreto Supremo N° 003-97-TR. (27 de Marzo de 1997). Ley de Competitividad y Productividad Laboral. Lima, Lima, Perú: Ministerio de Trabajo y Promoción Social.
- Deloitte. (2015). *Technology and people: The great job-creating machine*. Obtenido de <https://www2.deloitte.com>: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/uk/Documents/finance/deloitte-uk-technology-and-people.pdf>
- Eguiguren Praeli, F. J. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et Veritas*(15), 63-72.
- Exp. 00045-2004-AI, Exp. 00045-2004-AI (Tribunal Constitucional 29 de Octubre de 2005).
- Gherzi Silva, E. (1991). El Costo de la Legalidad: Una Aproximación a la Falta de Legitimidad del Derecho. *Themis*(19), 5-14.
- Hobsbawm, E. J. (1991). *La era de la revolución (1789-1848)*. Barcelona: Labor.

- Holmes, S., & Sunstein, C. R. (2011). *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Huerta de Soto, J. (1987). *Lecturas de economía política* (Vol. III). Madrid: Unión Editorial.
- Huerta de Soto, J. (2004). *Estudios de economía política* (Segunda ed.). Madrid: Unión Editorial.
- Huerta de Soto, J. (2005). *Socialismo, cálculo económico y función empresarial* (Tercera ed.). Madrid: Unión Editorial.
- Íñigo Fernández, L. E. (2012). *Breve Historia de la Revolución Industrial*. Madrid: Nowtilus.
- Lalanne, J. E. (2015). Los principios del Derecho del Trabajo. *Revista de Derecho. Publicación Arbitrada De La Universidad Católica del Uruguay*, 11, 134-177.
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales* (Primera ed.). Lima: Fondo Editoria PUCP.
- Madisson, A. (2006). *The World Economy*. OECD.
- Mankiw, N. G. (2017). *Principios de Economía* (Séptima ed.). México, D.F.: Cengage Learning.
- Marx, C. (1973). *El Capital* (Vol. I). Buenos Aires: Editorial Cartago.
- Neves Mujica, J. (2016). *Introducción al derecho del trabajo* (Tercera ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- OCDE. (s.f.). <http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/Resumen%20Ejecutivo.pdf>.
Obtenido de <http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/Resumen%20Ejecutivo.pdf>:
<http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/Resumen%20Ejecutivo.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (14 de Mayo de 2018). <http://www.ilo.org/>. Obtenido de <http://www.ilo.org/>:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO
- Parkin, M., & Loría, E. (2010). *Microeconomía* (Novena ed.). México D.F.: Pearson.
- Pazos, L. (1999). *Lógica Económica*. México D.F.: Diana.
- Piketty, T. (2014). *El capital en el siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Quiñones Infante, S. (2016). Breve repaso a la evolución histórica del Derecho del Trabajo. *Ius Et Veritas*(52), 258-268.
- Rand, A. (1964). *La virtud del egoísmo*. Buenos Aires: Grito Sagrado.
- Rodgers, G., Lee, E., Swepston, L., & Van Daele, J. (2009). *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Suiza: OIT.
- Röpke, W. (2007). *La teoría de la economía* (Quinta ed.). Madrid: Unión Editorial.
- Rose, M. (s.f.). *Economic growth*. Obtenido de <https://ourworldindata.org/>:
<https://ourworldindata.org/economic-growth>
- Sanguinetti Raymond, W. (1996). El Derecho del Trabajo como categoría histórica. *Ius Et Veritas*(12), 143-157.

- Schumpeter, J. A. (1971). *Historia del análisis económico*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Silva Herzog, J. (1963). *Antología del pensamiento económico social*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Smith, A. (1994). *La riqueza de las naciones*. Madrid: Alianza Editorial.
- Suárez, M. R., & Rivera Suárez, J. F. (2017). Retroceso del derecho del trabajo frente a la flexibilidad laboral. *Alegatos - Revista Jurídica De La Universidad Autónoma Metropolitana*, 195-220.
- The Times. (1994). *Atlas de la Historia Universal*. Santiago: Lord Cochrane S.A.
- von Hayek, F. A. (1983). El uso del conocimiento en la sociedad. *Estudios Públicos*(12).
- von Hayek, F. A. (1991). *Obras completas, vol. XVIII: Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- von Mises, L. (1968). *La acción humana*. Madrid: Sopec.
- von Mises, L. (1975). *Teoría e historia*. Madrid: Unión Editorial.
- Von Mises, L. (2007). *El socialismo* (Quinta ed.). Madrid: Unión Editorial.
- von Mises, L. (2011). *Liberalismo* (Sexta ed.). Madrid: Unión Editorial.
- World Economic Forum. (15 de Abril de 2018). *Centro de Desarrollo Industrial*. Obtenido de <http://www.cdi.org.pe/InformeGlobaldeCompetitividad/index.html>

