

Tipo de documento: Tesis de maestría

Maestría en Derecho y Economía

Derecho y Economía Conductual: Aportes para los Desafíos del Derecho del Trabajo

Autoría: Morales Amarante, María Elvira

Año de defensa de la tesis: 2019

¿Cómo citar este trabajo?

Morales Amarante, M. (2019) "Derecho y Economía Conductual: Aportes para los Desafíos del Derecho del Trabajo". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella <https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12000>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 2.5 Argentina (CC BY-NC-SA 2.5 AR)

Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>



MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMIA

**Derecho y Economía Conductual:
Aportes para los Desafíos del Derecho del Trabajo**

María Elvira Morales Amarante

Legajo N° 15M1119

Tutor: Dr. Eduardo Stordeur (h)

Noviembre, 2019

A Melqui, porque me enseñó el valor del trabajo,

A Andrea, porque su trabajo inspiró el mío,

A Eduardo, por su imprescindible ayuda en la redacción de esta tesis.

Tabla de contenidos

Capítulo I. Introducción	5
1. Introducción al tema	5
2. Aspectos metodológicos	8
Capítulo II. Economía, psicología conductual y derecho laboral	10
1. La relación entre derecho, economía y psicología	10
1.1. El análisis económico del derecho	10
1.2. El enfoque de la economía conductual	13
1.2.1. Antecedentes	13
1.2.2. Contribución al razonamiento económico neoclásico	14
1.2.3. Contribución al derecho y economía	15
2. Derecho laboral y economía conductual	19
2.1. Alcances del derecho del trabajo	21
2.2. Análisis económico de las relaciones laborales	22
2.3. El derecho laboral desde el enfoque conductual	25
3. El debate sobre la (des)regulación laboral	28
Capítulo III. Análisis económico de instituciones laborales	31
1. Instituciones laborales globales	31
1.1. Poder de negociación desigual	31
1.1.1. Negociación colectiva	32

1.1.2. Asociaciones sindicales	33
1.2. Salario mínimo	34
1.3. Estabilidad y seguridad del empleo	36
1.4. Participación en la dirección y las ganancias de la empresa	38
2. Legislación laboral Argentina	40
2.1. Asociaciones sindicales y negociación colectiva	41
2.1.1. Asociaciones sindicales	41
2.1.2. Negociación colectiva	42
2.2. Protección del salario	43
2.3. Estabilidad	44
2.4. Participación en el control, dirección y las ganancias	45
3. Proyecto de reforma laboral	46
4. Ambivalencia del enfoque conductual	48
Reflexiones finales	51
Referencias	55

Capítulo I. Introducción

*“hay un aspecto impulsado por la economía
que resulta enormemente relevante para el bienestar humano:
tener trabajo”¹*

1. Introducción al tema

Para realizar aportes en el campo del derecho laboral, es necesario dimensionar el papel central que el trabajo ocupa en la vida del hombre, ya que, no sólo le brinda sustento económico sino que influye en el desarrollo de su persona. Es en ese ámbito, donde construye un sinfín de relaciones interpersonales, en su tiempo libre se relaciona con sus compañeros, habla de su trabajo con sus allegados, y en la mayoría de los casos termina organizando su vida personal en torno al mismo. Así, el trabajo no sólo resulta importante por la cantidad de tiempo que insume su prestación, sino también por la incidencia que tiene en la vida cotidiana, en la perfección de sus habilidades y por el impacto en su bienestar personal.

En ese entendimiento, pero con una visión privativa del trabajo como actividad humana, algunos autores lo colocan en el centro del proceso de hominización, pues consideran que: “el trabajo es un patrimonio exclusivo de la humanidad. Ningún otro animal, en sentido estricto, trabaja” (Lukács, 2004, p. 28).

El trabajo es mucho más que el medio del que dispone el hombre para sobrevivir, de ahí que la importancia de conceptualizarlo -saber qué hacemos y cómo lo hacemos- permite a su vez diseñar las políticas y el marco jurídico que lo regulan. En definitiva, la forma en que nos comportamos en el ámbito laboral nos define como sociedad.

¹ Krugman, Paul (2012); *¡Acabemos ya con esta crisis!*; 1º Edición, Buenos Aires, Argentina: Crítica. pág. 15/16.

En el “Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Trabajo del Futuro”, elaborado en el marco de las actividades desarrolladas con motivo del centenario de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), se señaló que, si bien la evolución tecnológica siempre ha generado la pérdida de empleos a corto plazo -los que luego fueron reemplazados por nuevos y mejores puestos- el avance tecnológico actual está originando cambios sin precedentes en el mundo. Si tanto la caracterización del trabajo como la forma en que lo hacemos están cambiando a un ritmo jamás visto, estas transformaciones “plantean nuevos retos no solo a las condiciones en las que se realiza, sino también a su regulación social” (OIT, 2017, p. 52).

Las preocupaciones que desencadena el avance tecnológico no son nuevas, hace décadas que se está debatiendo el vaticinio sobre el fin del trabajo (Levy Yeyati, 2018). Entonces, si la índole de las tareas que se consideran trabajo y la modalidad en que el mismo se desarrolla, resultaron alteradas por el avance de la tecnología y por los cambios económicos y sociales del último siglo, resulta indispensable que el derecho se adapte a las nuevas realidades laborales que requieren su particular atención.

Ni siquiera la actividad de los abogados, como cualquier otra profesión, empleo u oficio, se encuentra al margen de estas modificaciones. La tecnología puesta al servicio de la abogacía también genera miedo entre los profesionales, miedo a la pérdida de puestos de trabajo y a la desaparición de la actividad tal cual la conocemos, para lo cual la formación jurídica deberá adaptarse a los nuevos desafíos y preparar a las futuras generaciones para una práctica muy distinta a la actual (Cortes, 2017).

En el ámbito nacional, el Dr. Rodríguez Mancini (2016), referente en la materia, expresó su preocupación ante los referidos cambios, su impacto en el derecho laboral, y los pronósticos pesimistas sobre el trabajo y la disciplina jurídica, y señaló que:

la circunstancia de aparecer nuevas modalidades de prestación y nuevas formas de organización empresarial a través de fuertes descentralizaciones, podrá llevar sin duda también a cambios en las estructuras de lo que hoy conocemos como Derecho del Trabajo pero de modo alguno ello significaría la desaparición de la disciplina que tiene un destino ligado a la existencia -permanente- de trabajo humano. (p. 7)

En las condiciones actuales, es indiscutible el rol central del trabajo en la vida del hombre y la importancia de la disciplina que regula las relaciones en el ámbito laboral. Por ello, la economía conductual aporta nuevos elementos para la fundamentación de instituciones globalmente reconocidas, cuyo origen, desarrollo y subsistencia fueron cuestionados desde el enfoque neoclásico de la economía.

Abordar los retos del derecho laboral desde esa perspectiva, es un buen punto de partida para afrontar eficazmente los problemas que se presentan en la denominada era de la cuarta revolución industrial. Los interrogantes sobre el futuro del trabajo y su regulación jurídica, nos exige recurrir a nuevas herramientas de análisis como las que brinda la economía del comportamiento, puesto que, al definir al trabajo como la actividad productiva y creadora del hombre en sí, conforme el artículo 4º Ley de Contrato N° 20.744 (en adelante LCT), claramente nos estamos refiriendo al comportamiento humano.

Para comprender mejor el potencial analítico de la teoría económica conductual en el campo del derecho laboral, el presente trabajo se organiza de la siguiente manera, en este capítulo se presenta el tema de investigación y la metodología; en el capítulo II se analiza la relación entre el derecho y economía tradicional con el enfoque conductual, a través de la comparación de sus presupuestos y método analítico, con énfasis en la postura que adoptan respecto al área laboral (cotejo por bloque); en el capítulo III el análisis comparativo entre ambas posturas se aplica a instituciones claves del derecho del trabajo (cotejo punto sobre

punto), particularmente aquellas donde hay mayores contribuciones desde el enfoque conductual y cuya justificación condiciona otros institutos, para finalmente presentar las regulaciones del “caso argentino”.

2. Aspectos metodológicos

La presente es una tesis multidisciplinaria, donde la investigación comprende métodos y técnicas de estudio de diversas disciplinas, cuyo objeto de estudio -socialmente relevante y de actualidad- se relaciona con el programa de la Maestría en Derecho y Economía.

El campo de investigación es el estudio de instituciones jurídicas en el ámbito laboral, en función de su costo económico. Tradicionalmente, la disciplina conocida como “derecho y economía” mantuvo una postura hostil a la regulación del mercado laboral, centralmente, en términos de eficiencia. No obstante, la teoría económica neoclásica está siendo revisada, principalmente con el aporte del análisis conductual, que brinda una nueva visión sobre la normativa laboral, ya sea redefiniendo el núcleo de los problemas económicos y/o proponiendo beneficios no contemplados inicialmente en el enfoque tradicional.

La búsqueda de argumentos a favor y en contra de la regulación laboral, explorando el potencial analítico de la economía del comportamiento, contribuye a resolver el dilema que plantea el problema concreto de la investigación, esto es: si frente a los cuestionamientos y reproches de índole económica que afronta el derecho del trabajo, la economía conductual podría contribuir al fortalecimiento de ciertas instituciones jurídicas en particular y a la regulación laboral en general.

La presente tesis puede ser vista como una combinación de análisis descriptivo (capítulo II) destinado principalmente a comprender los fenómenos sociales, económicos y

legales relacionados con las instituciones laborales, y un análisis normativo (capítulo III) usando un método comparativo sobre los argumentos en los que las normas laborales encuentran basamento. Los métodos productores de conocimiento, la inducción y la deducción se utilizan indistintamente. El rechazo de la regulación laboral por parte del pensamiento económico ortodoxo del derecho, dado el patrón expuesto en la literatura más relevante, es una forma de pensamiento inductivo, mientras que las consecuencias de la desregulación de la relación laboral se exteriorizarán mediante el razonamiento deductivo.

Capítulo II. Economía, psicología conductual y derecho laboral

Para comprender y comparar el alcance que se otorga a la regulación jurídica laboral desde el “análisis económico del derecho tradicional” y desde el “enfoque económico conductual”, es necesario comenzar por caracterizar y distinguir ambas visiones.

A tal fin, se analizarán las implicancias de emplear el razonamiento económico en el campo del derecho (1.1.) y se explicarán las propuestas del enfoque de la psicología conductual sobre el método de análisis de ambas disciplinas (1.2.), para luego diferenciar la forma en que ambas perspectivas abordan el derecho del trabajo (2.2. y 2.3.).

Como previo, se aclara que las expresiones “derecho del trabajo” y “derecho laboral”, serán utilizadas indistintamente, conforme al entendimiento general aceptado en la normativa generada por el organismo internacional especializado en la materia (OIT) y su utilización en el lenguaje cotidiano (Lipovetzky, 2009).

1. La relación entre derecho y economía conductual

1.1. El análisis económico del derecho

La economía y el derecho estuvieron vinculados desde sus orígenes, sin embargo “el interés en las relaciones entre instituciones y economía, con notables excepciones, decayó durante la primera mitad del siglo XX, probablemente como consecuencia de la mayor especialización académica” (Stordeur, 2011, p. 15).

Hasta la década del ‘60, las relaciones entre ambos se limitaban a aquellos sectores donde la ley tenía fuertes implicancias económicas circunscribiéndose de manera casi exclusiva al derecho antimonopólico (Posner, 2013).

Posteriormente, comienza la aplicación del análisis económico al sistema legal en su conjunto, con la publicación de los artículos de economistas (Calabresi y Coase) pioneros en aplicar los principios de la teoría económica a conductas y situaciones jurídicas relativas a los cuasidelitos y costos de transacción, dando nacimiento a lo que Posner (2013) denomina el “nuevo análisis económico del derecho”, para diferenciarlo del enfoque anterior.

Este avance de la economía a nuevos campos, como bien señala Samuelson (2005): representa mejoras en las habilidades analíticas en el campo profesional y en la vida cotidiana, ayudando a encontrar respuestas a interrogantes de mayor complejidad, referidos al uso eficiente de los recursos para alcanzar algún objetivo propuesto.

En cuanto a su conceptualización, para algunos académicos no existiría diferencia entre los términos “derecho y economía” y “análisis económico del derecho”, mientras que para otros esta distinción resulta de extrema utilidad (Schwab, 2017).

Para Miller (2011) la expresión “derecho y economía” se refiere a una asociación genuina entre ambas disciplinas, mientras que la expresión “análisis económico del derecho” consiste en la aplicación del razonamiento económico puro a las reglas e instituciones legales.

Por su parte, Posner (2013) define al campo interdisciplinario conocido como ‘derecho y economía’ como “el análisis económico de las reglas y las instituciones legales” (p. 19).

Siguiendo esta última definición, y dado el uso de la terminología por parte de la mayoría de la literatura especializada, en el presente trabajo se hará referencia al campo de estudio comúnmente conocido como “nuevo derecho y economía”, al análisis económico de los institutos legales a la luz de los principios, teorías y modelos de elección racional de la economía neoclásica. Ésta, representa el modelo estándar del análisis económico, y de

acuerdo al diccionario económico del MIT, es entendida como la teoría económica que utiliza el enfoque general, los métodos y las técnicas de los economistas marginalistas originales del siglo XIX (como se cita en Kaufman, 2006).

El empleo de herramientas de la microeconomía para explicar el sistema legal -a través del uso de elementos básicos como la teoría de precios, el comportamiento maximizador, la noción de fallas de mercado y el concepto de eficiencia, entre otros- permitió que el razonamiento económico neoclásico se extendiera a casi todas las áreas del derecho (Stordeur, 2011).

Por razones metodológicas, nos focalizaremos en dos argumentos centrales, la racionalidad y el Teorema de Coase, ya que es en torno a estas premisas en las cuales se aprecian las diferencias entre ambos enfoques, conforme a las sugerencias de la visión conductual.

La racionalidad, como modelo que sirvió de sustento para el desarrollo de la teoría de la utilidad esperada, asume que los individuos toman decisiones siempre de manera racional, con las siguientes características:

- a) maximizan su utilidad,
- b) lo hacen en base a preferencias bien definidas y estables, y
- c) cuenta con información perfecta (Jolls, Thaler y Sunstein, 1998; Thaler y Sunstein, 2003);

Por otro lado, las implicancias del Teorema de Coase -inspirado en el mismo, pero desarrollado por George Stigler (Kaufman, 2008)- sobre la toma de conciencia de la relación entre el derecho y la economía, incorpora los costos de transacción en la teoría económica estándar que hasta entonces se presumía que eran igual a cero (Coase, 1994).

En su obra “La naturaleza de la empresa”, Coase (1988, 1994) argumentó que precisamente es la existencia de los costos de transacción lo que explica el surgimiento de las empresas, en tanto que, en “El problema del costo social” explicó que sin costos de transacción no importa la ley, porque siempre se puede negociar sin costos la adquisición, subdivisión, y combinación de derechos.

Abandonando el supuesto de que los costos de transacción son inexistentes, se puede entender la importancia del sistema legal (Coase, 1994). Entonces, los efectos de las normas condicionan el sistema económico, por lo que resulta deseable que los derechos se asignen a la parte que le dé más productividad, acompañado de incentivos para lograr ese fin (Coase, 1994). En efecto:

asignar inicialmente el derecho a una de las partes contratantes incrementa su riqueza de tal forma que aumenta su capacidad de aceptar o rechazar un precio, de modo tal que la asignación inicial podría tener algún efecto en la asignación final. (Stordeur, 2011, p. 103)

1.2. El enfoque de la economía conductual

1.2.1. Antecedentes

Los factores psicológicos de la conducta humana, no siempre fueron ajenos a los estudios relacionados con la economía. Para Thaler (2016), el razonamiento económico conductual se inició con Adam Smith y continuó en el tiempo de Irving Fischer y John M. Keynes. En su libro “La teoría de los sentimientos morales”, Smith reconoció diversos fenómenos como la aversión a la pérdida, altruismo, emociones y la fuerza de voluntad, entre otros (Dhami, 2016).

Sin embargo, este enfoque fue resistido por algunos economistas que insistían en conservar los principios de los modelos de la economía neoclásica (Thaler, 2016).

Recién en la década del '70, emergió con fuerza lo que se conoce como la moderna economía conductual, la cual surge de la psicología cognitiva (Dhami, 2016), siendo clave los estudios de Daniel Kahneman y Amos Tversky, quienes aportaron teorías y evidencias útiles sobre el rol de los sesgos en la toma de decisiones, relativamente fáciles de incorporar en los modelos económicos (Thaler, 2000).

1.2.2. Contribución al razonamiento económico neoclásico

El rasgo distintivo de la economía de la conducta es que se basa en supuestos más realistas del comportamiento humano, como producto de la contribución empírica de la psicología cognitiva y el aporte e ideas de la biología, la antropología, la sociología y otras ciencias sociales (Dhami, 2016), lo que conduce a predicciones diferentes a las propuestas por la teoría de la elección racional.

En ese modelo, el agente racional que maximiza su utilidad, es siempre imparcial, neutral y ajeno a su entorno, a quien Thaler (2016) bautizó como “homo economicus” o simplemente “econos”. Por su parte, la economía conductual postula un nuevo modelo basado en el comportamiento real de la gente, aumentando, bajo ciertas y concretas circunstancias, su poder predictivo.

Estos nuevos modelos fueron posibles gracias a la contribución de los mencionados psicólogos, Kahneman y Tversky, quienes partiendo de una teoría cognitiva aportaron evidencia de que los sesgos y las heurísticas -que generan percepciones erróneas- inducen a

las personas a adoptar decisiones irracionales de manera sistemática y a la vez predecible (Thaler, 2016).

En su trabajo original, los referidos psicólogos, identificaron tres heurísticas o reglas básicas: anclaje, disponibilidad y representatividad, y los sesgos que están asociados con cada una de ellas (Thaler y Sunstein, 2008). El impacto sobre los hallazgos en torno al rol central de los sesgos en la toma de decisiones fue tal que se extendieron a otras disciplinas, como explica Kahneman (2012):

Una razón clave del gran atractivo de “la heurística y los sesgos” fuera de la psicología fue un aspecto secundario de nuestro trabajo: casi siempre incluimos en nuestros artículos el texto completo de las preguntas que nos habíamos hecho a nosotros mismos y a nuestros encuestados. Estas preguntas servían de demostraciones para el lector, pues le permitían reconocer cómo su propio pensamiento tropezaba con sesgos cognitivos (...) el uso de demostraciones proporcionó a especialistas de varias disciplinas -especialmente filósofos y economistas- una oportunidad única de observar posibles fallos en su propio pensamiento. (p. 21)

Así, la visión conductual enriquecería los modelos de la economía neoclásica, y como advierte Dhami (2016) no existiría una batalla entre ambas disciplinas, puesto que la economía del comportamiento se presenta como una mejora y no como su antítesis.

1.2.3. Contribución al derecho y economía

El análisis económico del derecho postula que las reglas legales son mejor analizadas y comprendidas con los modelos de la racionalidad económica, asumiendo que los sujetos maximizan su utilidad a partir de un conjunto estable de preferencias que pueden predecir su

respuesta a las leyes. Sin embargo, los hallazgos sobre el papel de los sesgos en la toma de decisiones, en principio, contradicen los supuestos de la racionalidad económica tradicional del derecho y economía.

La economía conductual tiene potencial para crear modelos y predicciones del comportamiento humano más realistas y útiles para el derecho, dado que la conducta irracional resulta sistemática, predecible y moldeable, contribuyendo con predicciones más adecuadas sobre cómo el derecho afecta esa conducta (Sunstein, 1998).

Esta disciplina, que “la mayoría de la literatura denomina ‘Derecho y Economía Conductual’, consiste en el empleo de herramientas de la ‘Economía de la Conducta’ (una combinación de microeconomía con psicología cognitiva) para el examen y evaluación del sistema jurídico” (Stordeur, 2015, pág. 11), y potencia el poder predictivo y analítico del análisis económico del derecho convencional.

Jolls et al. (1998) fueron pioneros en el campo de estudio, cuyo trabajo investigativo “*A Behavioral Approach to Law and Economics [Un enfoque conductual al derecho y economía]*”, encontró resistencia por parte de los académicos del derecho y economía tradicional -del mismo modo que el enfoque conductual fue rechazado por algunos economistas- precisamente porque los modelos utilizados se fundaron en los supuestos de la racionalidad económica.

Antes de su publicación, los autores solicitaron la opinión de Posner y su presencia en la presentación del documento ante la comunidad científica, quien generó el debate esperado, llegando incluso a cuestionar la científicidad de la obra (Thaler, 2015).

En ese documento, se ofreció una alternativa al análisis económico del derecho tradicional, considerando tres tipos de restricciones de las habilidades cognitivas de las personas -que hasta ese entonces se habían asumido completamente ilimitadas- a saber:

- a) la racionalidad limitada (se refiere a las funciones cognitivas individuales),
- b) la fuerza de voluntad limitada (en relación a los límites individuales de ejercer autocontrol), y
- c) el interés propio limitado (basado en la idea que la gente se preocupa por recibir y dar a terceros un trato justo) (Jolls et al., 1998; Jolls, 2002).

Esto a su vez, supone objetar los postulados del Teorema de Coase, ya que, desde el punto de vista conductual, sería incorrecto afirmar que la gente transacciona los derechos al punto tal que se produce una reasignación de los mismos hacia aquellos que más los valoran (incluso con costos de transacción bajos y derechos de propiedad bien definidos). Ello por cuanto, las personas tendemos a sobrevalorar y aferrarnos a los bienes que poseemos inicialmente.

En consecuencia, el enfoque conductual se aparta de la teoría económica neoclásica del derecho, en los tres niveles de análisis del sistema legal, contribuyendo con:

- a) predicciones más adecuadas del comportamiento, explicando las reglas jurídicas y la forma en que las personas responden a cambios legales (aspecto positivo),
- b) con prescripciones más certeras de las normas legales para alcanzar fines específicos (aspecto prescriptivo), e
- c) indagando en la finalidad del sistema legal y sobre la conveniencia de respetar o no las decisiones de la gente (aspecto normativo) (Posner, 2013; Jolls et al., 1998).

En la visión neoclásica de la economía, la sociedad en general y los legisladores en particular deben respetar las decisiones de los individuos, quienes se consideran agentes racionales cuyas elecciones revelan sus preferencias subyacentes, y sólo se permitiría la regulación de su conducta en situaciones limitadas. Como señala Dhimi, (2016), la intervención se justifica en los casos donde los individuos podrían imponer externalidades a terceros, o incluso a sí mismos, las que pueden internalizarse a través de regulaciones apropiadas, en función de la inadecuada percepción de los individuos sobre los riesgos o las externalidades impuestas a terceros por su conducta descuidada.

En cambio, la evidencia aportada por la economía conductual, sugiere que las personas tienen sesgos y heurísticas que se reflejan en sus elecciones, y en otros casos pueden no tener preferencias bien definidas, todo lo cual habilitaría la regulación mediante el ejercicio de cierto grado de paternalismo.

Thaler y Sunstein (2003), entienden que el error de los economistas neoclásicos es creer que existen alternativas al mismo, o que éste siempre involucra un grado de coerción. Advirtiendo que las personas cometen errores de manera sistemática y predecible, sugieren que el derecho debería tomar en cuenta los sesgos cognitivos previniendo que la gente continúe tomando malas decisiones.

A tal fin, proponen un “anti-antipaternalismo” (Jolls et al., 1998) o “paternalismo libertario” (Thaler y Sunstein, 2003), en abierta oposición a la postura “antipaternalista” del derecho y economía convencionales. Este tipo de paternalismo, se caracteriza por ser relativamente suave o débil, orientado a preservar la libertad de la elección, y no invasivo ya que no afectaría las opciones con las que cuentan las personas (Thaler y Sunstein, 2008, p. 5).

La irracionalidad presente en la toma de decisiones justificaría una intervención paternalista, en ese sentido, como sostiene Stordeur (2015), en el campo normativo, existen

muchas regulaciones actuales que adoptan cierto paternalismo débil, “en la idea de que cuando hay `fallas de mercado conductuales’ (...) hay base para una regulación estatal que ayude a las personas a tomar mejores decisiones en su propio beneficio e interés” (p. 17).

2. Derecho laboral y economía conductual

El derecho del trabajo “es el resultado de la acción política y social del movimiento de la clase obrera” (Spector, 2015, p. 2641), nace en el siglo XVIII como consecuencia de las luchas sociales en Europa, etapa en que las asociaciones de trabajadores fueron reprimidas porque la coalición era considerada delito penal (Fernández Madrid, 1989).

En el siglo XIX se dan las primeras manifestaciones de intervención estatal, estableciéndose condiciones mínimas de labor para proteger mujeres y niños, considerada etapa de tolerancia de las asociaciones gremiales, y cuando las relaciones del trabajo todavía eran reguladas por el derecho civil común (Sala Franco, 1990).

Finalmente, la disciplina se consolida en el siglo XX, como fruto del avance y la actividad de las asociaciones sindicales, etapa en que los gremios fueron plenamente legitimados, “con el apoyo de la Iglesia, de organismos internacionales y de ideólogos políticos” (Fernández Madrid, 1989, p. 7), siendo los teóricos socialistas quienes “aportaron el sustrato intelectual para que el movimiento pudiera florecer” (Spector, 2015, p. 2641).

Desde sus orígenes, la existencia y el desarrollo de las instituciones del derecho del trabajo, han sido motivo de debate y controversia en distintos ámbitos. Particularmente, el presente trabajo se focalizará en los argumentos económicos relevantes utilizados para su rechazo o justificación.

Desde el punto de vista económico, hay quienes definen a esta rama del derecho como una compleja serie de restricciones a la libertad de contratación en los mercados laborales, las que son implementadas a través de medidas legislativas del tipo protectoras, distributivas y permisivas (Spector, 2015).

Desde esa visión, resultaría polémico sostener que el derecho laboral contribuye al desarrollo económico, por no cumplir con los cánones de la eficiencia económica (Deakin, 2016). Por otro lado, “la OIT insiste en que el progreso social no es un obstáculo al desarrollo económico, sino la finalidad misma de todo desarrollo y un elemento inevitable de su proceso” (Lipovetzky, 2009, p. 26).

Es por ello que, históricamente se ha señalado que el mayor desafío de esta rama surge por la tensión existente entre su finalidad social y los cuestionamientos de índole económica a la protección jurídica a las relaciones laborales, provocando una colisión de intereses de modo tal que “ninguna parte de las partes encontrará satisfactoria o definitiva la regulación que de los mismos haga la normativa laboral (...) se tratará de un Derecho en continuo cambio y progresión” (Sala Franco, 1990, p. 21).

Entonces, para distinguir la visión económica neoclásica de la conductual, y entender cómo esta última contribuiría a echar luz en cuestiones laborales en las cuales la disciplina se encontraría estancada, es necesario comprender cómo se caracteriza al derecho del trabajo desde ambos enfoques, como así también identificar las herramientas que cada uno utiliza para examinar la fundamentación de la legislación, y así finalmente extender el análisis a diversos institutos considerados claves.

2.1. Alcances del derecho del trabajo

Como punto inicial, cabe señalar que, si bien el trabajo puede ser entendido como “toda energía física o intelectual empleada por el hombre con un fin productivo (...) no toda actividad productiva constituye el objeto del derecho del trabajo” (Lipovetzky, 2009, p. 8).

Por ello, hay que delimitar apropiadamente el supuesto de hecho principal sobre el cual se proyecta el derecho laboral, esto es la relación jurídica que se da entre trabajador - ajeno a los medios de producción, a la organización del trabajo y a los resultados de éste- y el empresario - titular de los medios de producción, de la organización del trabajo y de sus resultados sean estos positivos o negativos-.

En efecto, lo que caracteriza al Derecho del Trabajo desde esta perspectiva de la delimitación de su objeto es que toma como referencia una determinada parcela de la realidad social como referente de especialización, que no es otro que el estudio de la intervención de la norma jurídica sobre las relaciones laborales (Cruz Villalón, 2016, p. 84)

De ahí que, el derecho del trabajo sea definido como el conjunto sistemático de normas que regulan las relaciones que tienen su centro en el trabajo humano infungible (sólo puede ser realizado por el trabajador), realizado por cuenta ajena (los resultados del mismo son para otra persona), que se caracteriza por las notas de libertad y dependencia (Fernández Madrid, 1989), y al que se le adjudican las funciones de conciliación y pacificación social.

De ese modo, quedan fuera del alcance de la disciplina: a) el régimen jurídico del trabajo autónomo, donde el trabajador asume el riesgo de la actividad; y b) las instituciones de la seguridad social, por su reconocida autonomía científica (Lipovetzky, 2009) y cuyo

contenido “está determinado por otro presupuesto sociológico: las contingencias sociales” (Fernández Madrid, 1989, p .149).

El derecho del trabajo, reconociendo la hiposuficiencia del trabajador, busca equilibrar la desigualdad del poder de negociación entre trabajadores y empresarios a través de normas mínimas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad, cuyo sentido último es proteger a la parte débil de la relación, en virtud del estado de necesidad en que se encuentra (Fernández Madrid, 1989).

2.2. Análisis económico de las relaciones laborales

El ámbito del derecho laboral es un área que tardó en ser alcanzada por los académicos del derecho y economía tradicional (Schwab, 2017), y aunque es considerado un campo natural para la aplicación de la economía, poco se ha escrito sobre el análisis económico de esta rama (Posner, 1984).

Según Posner (1984), la escasa producción literaria se debe a dos motivos determinantes, por un lado, la legislación laboral es doctrinalmente compleja, mucho más que la ley antimonopolio, y por el otro, se basa en una política opuesta a la competencia y eficiencia económica que la mayoría de los economistas apoyan.

No obstante, cabe señalar que Coase (1988) llegó a manifestar que su interés por el surgimiento de las empresas se debía no solamente a su importancia como moléculas económicas, sino también a otro factor central, su rol de generadoras de trabajo, ya que la mayoría de las personas en Estados Unidos, Reino Unido, y en el resto de los países occidentales, precisamente son empleadas por empresas.

Originalmente, el derecho y economía adoptó una postura hostil hacia la regulación jurídica del mercado laboral, dado que, según la visión ortodoxa de la economía, el mercado debe operar libremente y cualquier restricción de la competencia afectaría su eficiencia (Deakin y Wilkinson, 1998).

En esta instancia, cabe aclarar que, la economía laboral -rama de la economía especializada en el estudio de los mercados laborales- no es sinónimo de análisis económico del derecho laboral. Este último combina la metodología de ambas disciplinas -priorizando en ocasiones los principios del derecho- para lograr alcanzar un mejor entendimiento de las complejas instituciones, y si bien hace la tarea más compleja, también es cierto que resulta potencialmente más rica y reveladora (Schwab, 2017).

Para el derecho y economía, conforme a los principios analíticos de la racionalidad de los agentes y del teorema de Coase, las fallas del mercado laboral no requerirían intervención gubernamental o regulación alguna (Kaufman, 2008). Esto así, ya que por un lado existen leyes ineficientes que perjudican tanto al empleador como al trabajador, y por el otro, si bien se reconoce que hay institutos jurídicos que mejoran la eficiencia, las partes intervinientes, a través de la negociación, alcanzarían soluciones eficientes sin intervención normativa (Schwab, 2017).

Inicialmente, el foco fue puesto en el proceso de desvinculación de la relación laboral, porque se consideró que las indemnizaciones constituyen uno de los elementos más costosos de la legislación protectoria (Cazes y Verick, 2013). En la actualidad, este enfoque no se limita sólo a esas cuestiones, sino que el alcance es más amplio que el de sus orígenes, se objetan las normas laborales que se consideran ineficientes, es decir aquellas cuyos costos para la sociedad (o los trabajadores), superan a las ganancias generadas para los mismos trabajadores (Schwab, 2017).

Desde esta óptica, el desigual poder de negociación es el fundamento de la legislación que busca regular la competencia en el mercado laboral (y genera demasiada protección al trabajador), pero ese fundamento basado en que una de las partes es más débil, es insuficiente para justificar cualquier forma de intervención jurídica (Deakin y Wilkinson, 1998). Si bien se considera el bienestar del trabajador un factor importante, también se sostiene que debería incorporarse en el análisis de las normas jurídicas el bienestar de los consumidores, niños, inversores, en definitiva, de todos los sujetos no-trabajadores (Schwab, 2017, p. 132).

Sin embargo, conforme al modelo económico neoclásico un número de intervenciones regulatorias estarían habilitadas -medidas como las que mejoran el funcionamiento de los mercados-, y si bien los economistas pueden estar en desacuerdo entre sí sobre qué regulaciones específicas pasan a ser parte del análisis de costo-beneficio, como cuestión teórica la existencia de asimetrías de información puede justificar la supervisión regulatoria (Watcher, 2013). Los estándares mínimos de trabajo decente son considerados bienes públicos, por lo que la salud y la seguridad en el lugar de trabajo encuentra justificación entre los argumentos económicos neoclásicos (Estlund, 2013).

Existe consenso que el derecho y economía sólo concibe la desregulación como alternativa a la rigurosidad de las normas laborales (Deakin y Wilkinson, 1998), pero, siendo que el derecho es visto como el conjunto de normas que regulan los mercados para hacerlos más eficientes, sólo se justificaría la existencia de aquellas normas cuyo fin sea reducir o corregir ineficiencias (Schwab, 2017). Desde esta óptica, si se toma como ejemplo el caso de los salarios, se entiende que cuando estos se ubican por arriba de la media y mejoran la productividad, no se requeriría intervención estatal mediante norma alguna, ya que las partes alcanzarían ese resultado mediante un acuerdo privado.

En suma, para precisar el alcance de los costos y beneficios de las normas laborales, entender cuándo mejoran o inhiben la eficiencia del mercado, y así comprender si pueden ser justificadas con argumentos económicos o si sobre ellas recae un conflicto real entre equidad y eficiencia (Deakin y Wilkinson, 1998, Schwab, 2017), se requiere un análisis pormenorizado sobre cada institución en particular conforme se desarrollará en el capítulo III.

2.3. El derecho laboral desde el enfoque conductual

Al igual que el derecho y economía tradicional, la economía conductual tardó en focalizarse en el área laboral (Berg, 2006). Teniendo en cuenta los límites analíticos atribuidos al campo del derecho y economía, por basarse en los modelos económicos de elección racional, la psicología cognitiva también contribuye a una mejor comprensión del comportamiento en las cuestiones básicas del derecho del trabajo (Sunstein, 2001; McGaughey, 2014).

Si bien existen experimentos relacionados con el comportamiento en el ámbito laboral, los que se vinculan principalmente con la motivación al trabajo y cómo ésta afecta a la eficiencia productiva de las personas y las organizaciones en las que trabajan, el aporte también se observa en descubrimientos más generales cuyas conclusiones pueden extenderse a esta rama específica (McGaughey, 2014).

Para Sunstein (2001), los trabajadores son personas que se comportan como *homo sapiens* y no como *homo economicus*, sufren de varios sesgos y aversiones que pueden llevar a percepciones inexactas, y contrariamente a lo que se cree:

- los trabajadores son especialmente reacios a las pérdidas, y no se preocupan tanto por obtener ganancias;

- los trabajadores con frecuencia desconocen las reglas legales, incluyendo las reglas claves que les niegan derechos;
- los trabajadores pueden padecer excesivo optimismo;
- los trabajadores se preocupan mucho por ser tratados de manera justa, y están dispuestos a castigar a los empleadores que los han tratado injustamente, incluso a su costa;
- los trabajadores prefieren perfiles salariales crecientes;
- los trabajadores subestiman enormemente el futuro, a veces lo consideran irrelevante; y
- los trabajadores a menudo se preocupan más por su posición económica relativa, o cómo sus ingresos se comparan con los demás que, por su posición económica absoluta, o cuánto dinero están ganando en abstracto (traducido por la autora p. 206/207)

La presencia de sesgos y heurísticas, implicaría que los trabajadores pueden adoptar decisiones que les resulten perjudiciales, a veces como resultado de la ignorancia sobre las normas aplicables y/o el excesivo optimismo (Sunstein, 2001).

Para esta visión, inversamente a lo sostenido por la teoría neoclásica, la asignación inicial de derechos y la existencia de una regla predeterminada sí importan (Sunstein, 2001). Como resultado del efecto de dotación, la parte a quien se asigna el derecho inicial -ya sea en ámbito laboral como en cualquier otro ámbito- es probable que la valore mucho más de lo que lo haría si la titularidad inicial se otorgara a la otra parte, por lo que las valoraciones de los trabajadores se verían afectadas.

Si se considera que la posición tradicional del derecho y economía se encontraría basada en el inadecuado sentido de los valores y comportamiento de los empleados, el

enfoque conductual ofrecería una nueva perspectiva sobre varios problemas del derecho laboral, al diseñar modelos adecuados para sujetos susceptibles de cometer errores cognitivos de manera predecible. Para proteger a los individuos de decisiones irracionales, máxime cuando se encuentran en condiciones económicas adversas, se deberían promover intervenciones paternalistas. De ese modo, y en cierta medida, se contrarrestarían los efectos de la asimetría del poder de negociación presente en las relaciones laborales (Spector, 2015).

En contra de esos argumentos, los doctrinarios de la economía neoclásica consideran que la incoherencia en las preferencias no justifica el paternalismo, y que la solución a esta problemática se encontraría en las reglas del mercado (Sudgen, 2008), o bien señalan que estos “alejamientos aparentes de la racionalidad pueden explicarse en términos de la elección racional” (Posner, 2013, p. 49).

A pesar de las críticas basadas en la visión ortodoxa de la economía, el paternalismo débil serviría para explicar sólo una parte del universo que representa la legislación laboral. Pero, si se adopta una visión más amplia de los aportes de la economía del comportamiento, aparecen nuevos y sólidos argumentos para justificar una serie de intervenciones jurídicas que superan a las propuestas por el paternalismo libertario, ya que, en palabras de McCaughey (2014), “la economía del comportamiento muestra más que nunca por qué es necesaria la legislación laboral” (traducido por la autora, p. 36).

3. El debate sobre la (des)regulación laboral

El derecho del trabajo, a diferencia de otras ramas jurídicas, es inherentemente normativo (Watcher, 2013, p. 45), aspecto analítico donde la teoría económica afronta sus mayores críticas.

Para formular una teoría normativa del derecho, Posner (1998) utiliza la norma económica que denomina “maximización de la riqueza”, a la que distingue del “ideal utilitarista y de las formas de la economía del bienestar derivadas del utilitarismo” (p. 211), ya que, a su entender, los economistas utilizan el vocablo ‘utilidad’ para referirse al ‘bienestar’.

Por su parte, Jolls et al. (1998) sostienen que en el razonamiento económico convencional no habría diferencia entre el análisis prescriptivo y normativo, porque “la meta del sistema legal es maximizar el ‘bienestar social’, usualmente medido por las preferencias reveladas de la gente” (traducido por la autora, p. 1474/1475), mientras que, desde el enfoque conductual, las preferencias reveladas de las personas no son concluyentes, y los fines del sistema legal resultan más complejos.

Si bien desde ambas posturas se entiende que cualquier forma de regulación legal conlleva costos -por lo que no deben imponerse aquellas que no producen o tienen pocos efectos positivos- (Jolls, 2002), en lo que aquí interesa, la diferencia central entre ambas recae en la visión y alcance de los costos asociados a la regulación laboral.

En el modelo neoclásico de análisis económico, se sugiere que la regulación laboral - en general- produce ineficiencias al incrementar los costos de las contrataciones generando un efecto adverso al buscado, por ejemplo, al aumentar la tasa de desempleo (Posner 1984; Deakin y Wilkinson 1998; Watcher, 2013). Tal como señala Schwab (2017):

Desde el enfoque del Derecho y la Economía se critican algunas leyes que supuestamente favorecen a los trabajadores. ¿Cuáles? Las ineficientes en los que los costos para la sociedad (o para los trabajadores) exceden las ganancias para (algunos, o quizás los mismos) trabajadores. (traducido por la autora, p. 134)

No obstante, como se explicó en los acápites precedentes, el entendimiento del derecho y economía de lo que es eficiente se basa en los supuestos del agente racional, aceptando limitadas restricciones cognitivas (McGaughey, 2014, p. 6) que habilitan intervenciones regulatorias específicas.

En cambio, en la perspectiva conductual del análisis económico, los trabajadores son víctimas de sesgos y heurísticas, y su comportamiento irracional justificaría la intervención regulatoria en un rango de situaciones más amplio que la economía del bienestar neoclásica.

Estos hallazgos, otorgan nuevos argumentos a favor de las instituciones del derecho laboral, cuyo objetivo es neutralizar los efectos negativos de los mecanismos cognitivos, con mejores predicciones y dotándolas de nuevos contenidos para su supervivencia de cara al futuro.

El análisis legal y económico ortodoxo fomentó la desregulación y flexibilidad de las normas laborales, con la finalidad de contrarrestar lo que se consideran efectos negativos derivados de su rigidez, puesto que, muchas intervenciones de las normas laborales serían motivadas por consideraciones de equidad, en un sentido amplio, y no por argumentos de eficiencia económica, lo cual generaría conflictos en el corto plazo entre ambos valores (Deakin y Wilkinson, 1998).

En síntesis, la introducción de factores condicionantes del comportamiento en el análisis legal y económico, ocasiona un doble efecto: a) los alcances del bienestar son

redefinidos; y b) la irracionalidad de las decisiones justifica intervenciones del tipo paternalistas. Así, la regulación laboral se fortalece, ya que el apoyo normativo para la intervención legal amplía su base con argumentos económicos.

Capítulo III. Análisis de las instituciones laborales

En el capítulo precedente se explicó la diferencia entre la metodología del análisis económico del derecho convencional y de la economía conductual, y su incidencia en el campo del derecho del trabajo, por lo que en esta sección se van a comparar y contrastar ambas posturas a la luz de sus argumentos económicos y normativos respecto a específicas instituciones laborales.

Las mismas fueron seleccionadas en razón a la importancia y al debate que generan en ambas teorías, y se destacan no sólo por las nuevas percepciones del enfoque del comportamiento, sino por condicionar la existencia y evolución de la disciplina.

Finalmente, se analizará el proyecto de reforma laboral sometido a consideración del Congreso de la Nación en fecha 17 de noviembre de 2017. Aunque dicho proyecto no cumplió el procedimiento que culmina con la aprobación de las leyes establecido por la Constitución Nacional, resulta ser el documento oficial más reciente que contempla modificaciones significativas que reflejan las propuestas actuales en torno a los institutos desarrollados.

1. Instituciones laborales globales

1.1. Poder de negociación desigual

Es imperativo comenzar por este aspecto, ya que la importancia asignada al poder de negociación de las partes condiciona la visión sobre el resto de la regulación laboral.

1.1.1. Negociación colectiva

Para el derecho y economía tradicional, la diferencia del poder de negociación basada en la debilidad del trabajador, no podría generar *per se* que existan normas regulatorias de la relación de empleo que generen más protección al empleado (Schawb, 2017; McGaughey, 2014).

En ese entendimiento, Watcher (2013) advierte que, la finalidad de la legislación fue equilibrar el poder de negociación, inicialmente intentando que los trabajadores se unieran a los sindicatos para aumentar los salarios encima de los niveles del mercado, pero como el empleo sindical disminuyó, el objetivo deseado resultó inconsistente con los efectos producidos. En igual sentido, Posner (2013) entendió que “el efecto de la sindicalización es la reducción de la oferta de la mano de obra en el sector sindicalizado” (p. 520). Así, la desigualdad del poder de negociación no entraría en la categoría de fallas de mercado que justifique intervención normativa.

Sin embargo, la legislación laboral podría tener consecuencias positivas para la eficiencia. En el caso que dicha desigualdad genere una distribución injusta de los derechos, ello representa una falla del mercado porque socava la motivación para trabajar y reduce el nivel de productividad (McGaughey, 2014).

Desde la visión de la economía conductual, considerando que los agentes no se comportan de manera racional y pueden ser inducidos a cometer errores cognitivos de manera sistemática, “los derechos laborales que corrigen la desigualdad del poder de negociación, protegen la seguridad en el pago y las condiciones y promueven la participación en el lugar de trabajo, solucionan fallas importantes del mercado” (McGaughey, traducido por la autora, 2014, p. 1).

1.1.2. Asociaciones sindicales

La asimetría de la relación laboral y la desigualdad de poder de negociación explican el surgimiento y progreso de los sindicatos, cuya función principal es llevar a cabo la negociación colectiva y equilibrar la relación entre empleados y empleadores, con el objetivo último de mejorar las condiciones laborales (Krotoschin, 1968).

Para Krotoschin (1968), el trabajador débil y económicamente inferior se fortalece a través de las asociaciones sindicales y “sólo así es posible la igualdad entre las partes” (p. 177/178).

En la perspectiva del análisis neoclásico se sugiere que, aunque los sindicatos tienen un efecto positivo en la distribución del ingreso, ese objetivo se alcanzaría de manera más eficiente mediante otros mecanismos de política, como por ejemplo a través de impuestos y gastos gubernamentales (Watcher, 2013).

Posner (1984, 2013), definió a los sindicatos como cárteles de trabajadores, y se manifestó en contra de la teoría que sostiene que los mismos aumentan la productividad, por ser obviamente inconsistente con la evidencia que apunta a la declinación del sector sindicalizado. A su entender, cuando un cártel se forma “gran parte de la capacidad productiva del mercado se vuelve excesiva y debe ser retirada para economizar recursos” (Posner, 2013, p. 451). La predicción neoclásica es que:

los premios salariales de los sindicatos elevan los costos de las empresas sindicalizadas, lo que las lleva a perder clientes a manos de empresas no sindicalizadas y genera finalmente, como ha ocurrido en los Estados Unidos y otras economías avanzadas en decenios recientes, una marcada declinación del porcentaje de la fuerza de trabajo que está sindicalizada (Posner, 2013, p. 521/522)

Con el aporte conductual, se cuestiona que la teoría económica estándar omita en su análisis la función integradora de la negociación colectiva, dado que la sola disponibilidad de la opción de huelga reporta más beneficios para los trabajadores sindicalizados que para los que no están afiliados a una organización gremial (Berg, 2006).

Los trabajadores necesitan contar con la representación y negociación colectiva para que se cumpla con las condiciones laborales mínimas, razón por la cual actualmente la mayoría de los países desarrollados exigen que los empleados tengan algún tipo de representatividad (Estlund, 2012).

En ese entendimiento, las organizaciones sindicales “pueden llevar a cabo funciones útiles a la hora de aconsejar a los trabajadores sobre sus mejores estrategias y elecciones en sus negociaciones con los empleadores” (Spector, 2015, p. 2671).

1.2. Salario mínimo

La predicción de la economía neoclásica es que los salarios son determinados por las fuerzas del mercado -de acuerdo a la oferta y demanda de trabajo- ya que existiría una relación inversa entre el salario y el empleo: el salario no puede ser más alto que el punto de equilibrio, sin que se afecte el nivel de empleo (Watcher, 2013), y alejarse del modelo competitivo introduce distorsiones en el mercado (Cazes y Verick, 2013).

En base a ese modelo, el salario de equilibrio en un mercado competitivo sería alcanzado por las fuerzas del mercado, y la regulación sería innecesaria. Por tanto, el aumento salarial por vía sindical sólo incrementaría el desempleo.

Algunos economistas consideran que el modelo neoclásico fracasó en explicar la rigidez del salario real, razón por la cual se inclinaron hacia modelos de la psicología laboral,

los que involucran variables de los niveles de esfuerzo (Berg, 2006) y nociones de justicia (Jolls, 2002). A diferencia de ese modelo, las empresas pueden elegir pagar un salario eficiente por encima del salario de equilibrio, en el punto donde el esfuerzo se maximiza en relación al salario real. Por el contrario, si se optara por pagar menos, el esfuerzo se reduciría como respuesta a la merma salarial. La teoría del salario eficiente, atribuida a Henry Ford, consiste en aumentar los salarios para aumentar la productividad, porque el mismo incremento salarial funciona como un incentivo (Watcher, 2013).

A su vez, esta teoría se centra en la idea acuñada por Akerlof de un "[gift-exchange] intercambio de regalos" (Watcher, 2013; Berg, 2006), en la cual el salario por encima del fijado por el mercado es percibido como un regalo, y si el regalo proviene de la empresa, los trabajadores responden con reciprocidad y lealtad, aumentando la productividad, mientras que los trabajadores que perciben ser tratados injustamente responden con menos esfuerzo (Watcher, 2013).

A pesar de ello, los economistas neoclásicos insisten en que, si el aumento salarial es dispuesto por vía legal y no voluntariamente por el empleador los resultados serían negativos (Watcher, 2013). Aunque, desde un punto de vista más radical, en general, no habría evidencia empírica robusta respecto a que el incremento del salario mínimo produzca grandes efectos de desempleo, ya que la mayoría de la evidencia tiende a ignorar la interacción con otras instituciones del mercado laboral, y en algunas ocasiones se amplíen o minimicen los efectos del salario en el empleo (Cazes y Verick, 2013).

Para McGaughey (2014, p. 13), los salarios que se consideran injustos representan una falla de mercado que el derecho a través de promover la equidad en el ingreso laboral, particularmente el salario mínimo, tiende a estimular la demanda agregada efectiva, dado que se producen más bienes y servicios para intercambiar. Como se comprobó en el estudio

conocido como “el club-nocturno alemán”, la motivación al trabajo está afectada por la percepción de justicia sobre el salario pagado, no sólo en términos absolutos sino también que ello se percibe en relación a otros miembros del mismo grupo de estudio (McGaughey, 2014).

Por su parte, Jolls (2002) sostiene que la fijación de un salario mínimo no sería necesaria si los empleadores tienen incentivos para fomentar el aumento de la producción, aunque reconoce la utilidad de contar con una noción de qué salario sería adecuado, asignándole meramente un rol de señalización.

En definitiva, el enfoque conductual introduce en el análisis el concepto de justicia, revelando la conexión entre la motivación y la productividad con la noción de pago justo, y brinda argumentos alternativos para explicar por qué el salario que se abona por encima del fijado por las fuerzas de trabajo, también puede resultar eficiente.

Por efecto de la percepción de equidad, si los trabajadores creen que sus ingresos son injustos, bajarían el nivel de productividad, y si los salarios se abonan por encima, ellos responden favorablemente por el referido efecto del “intercambio de regalos” (Berg, 2006).

Por último, desde esta perspectiva, se observa que, si no existe una diferencia notable entre la satisfacción de los empleados con sus trabajos frente a la situación de estar desocupados, los trabajadores son indiferentes a ser desempleados, y tienen poco incentivo para trabajar duramente (Berg, 2006).

1.3. Estabilidad y seguridad del empleo.

La noción de estabilidad refiere tanto a la idea de “duración” -respecto a la permanencia o porque algo no resulta efímero- como a la idea “seguridad” -en términos de

previsibilidad -, conceptos que en el ámbito del empleo resultan complementarios (Perez Rey, 2004).

Frente a la universalización de la flexibilidad y precariedad laboral, los trabajos estables se encuentran en extinción debido a su sustitución por empleos temporarios y funcionales a “la economía de changas o a demanda, traducción tan buena como cualquier otra de la *gig economy*” (Levy Yeyati, 2018, p. 70-71).

La proliferación de esta modalidad temporal a escala global, dio lugar al surgimiento de una nueva clase social definida por Guy Standing como los precarizados, quienes:

no son desempleados permanentes ni excluidos totales sino personas obligadas a aceptar trabajos inestables. Desprovistos de protección social y un sindicato que los defienda, obtienen la totalidad de sus ingresos en dinero: el salario no monetario – seguro de salud, cobertura previsional, vacaciones– no existe. (Natanson, 2019, p. 2-3)

Desde la perspectiva neoclásica, la legislación que regula la terminación del empleo, particularmente la protección amplia contra el despido, reduciría el potencial de la amenaza de la desvinculación, mecanismo por el cual el empleador disciplinaría a sus empleados (Deakin y Wilkinson, 1998). Para los teóricos de la eficiencia, la amenaza del despido es el motor que conduce a los empleados a proveer mayores niveles de esfuerzo (Berg, 2006, p. 460).

Por el contrario, como señala Berg (2006) la amenaza del desempleo es en sí estresante, lo que redundaría en la disminución de la productividad - los trabajadores dedican tiempo a buscar alternativas laborales y/o puede verse afectada su contracción al trabajo- como consecuencia del factor emocional que desencadena la inseguridad respecto del empleo.

Desde la óptica conductual, se propone incorporar en los modelos de análisis las consecuencias psicológicas de la exposición al desempleo, eventos habitualmente ignorados desde la economía ortodoxa, por cuanto afectan la productividad personal, la motivación, las actitudes hacia la participación en la fuerza laboral y las relaciones con conocidos, cónyuges, hijos y amigos. El daño emocional a la fuerza laboral de una sociedad producido por el desempleo, hace más importante la tarea de diseñar una respuesta política (Darity y Goldsmith, 1996).

Así, el derecho laboral puede contribuir a la formalización del empleo, paso importante para reducir la inseguridad (Deakin, 2016), a la vez que puede fomentar la estabilidad en su faceta más destacada: la protección contra el despido injustificado.² A su vez, crea un área de protección para el empleado y ayuda al empleador en hacer más creíbles sus promesas de trato justo en el transcurso de la relación laboral (Deakin y Wilkinson, 1998).

1.4. Participación en la dirección y las ganancias de la empresa

El enfoque conductual arroja luz sobre la importancia de la participación de los trabajadores en las ganancias y en la toma de decisiones relativas al empleo.

Un importante estudio relacionado con la psicología en el ámbito laboral es el denominado experimento Hawthorne, que reveló un efecto motivador y un cambio de actitud de los trabajadores cuando fueron sujeto de estudio (McGaughey, 2014), y que demostraría cómo influye la participación en las decisiones de la empresa en el nivel de satisfacción con el empleo.

² El despido arbitrario o injustificado, se refiere a la terminación de la relación de empleo dispuesta unilateralmente por el empleador y sin invocación de causa, o cuando la misma no logra ser demostrada.

En ese sentido, Vanek (1971) sostuvo que “uno de los fenómenos sociopolíticos más importantes de nuestro tiempo es el anhelo de los hombres por participar en la toma de decisiones relacionadas con las actividades en que intervienen activamente” (p. 13). Asimismo, entendió que un sistema que fomente la participación en la empresa, facilitaría la creación de un ambiente social más armónico y contribuiría al desarrollo económico (Vanek, 1971).

El diseño de incentivos tales como la participación en la propiedad o premios salariales, resultan indispensable para mejorar la productividad y la eficiencia. Como señala Tetaz (2016):

Hasta los trabajos de Hart y Holmström, más bien la tendencia era a pensar que la participación en las ganancias era una cuestión de justicia distributiva, pero lo que estos investigadores demostraron es que el grado de participación en los resultados influye en la producción también.

Holmström (1991, 2016), reconoce que contar con un sistema de incentivos laborales eficiente y óptimo es más complejo de lo que parece, ya que se requiere individualizar y medir el esfuerzo particular de cada trabajador, y generar incentivos financieros basados en el desempeño. El salario debería ser fijo sólo si es difícil de medir o si hay posibilidades de distorsión, y en ese caso, propone estímulos alternativos a los bonus salariales, como por ejemplo el diseño de una carrera profesional con ascensos.

Por su parte, Hart (1983) elaboró una teoría sobre el rol de los contratos como punto de referencia, basándose en suposiciones no estándares consistentes con los conceptos de la literatura conductual, tales como las preferencias dependientes de la referencia, el sesgo de autoservicio, o la reciprocidad (Hart y Moore, 2008). Por las dificultades de prever el futuro,

los contratos -incluso los laborales- resultan incompletos, ya que, al no poder convenir todas las contingencias, las partes difieren algunas cuestiones para una negociación posterior.

En el diseño de los contratos laborales, Hart (1983) reconoce, a pesar de los problemas de su implementación, la importancia de la participación de los mandos gerenciales en la propiedad de la empresa (con el objetivo de fomentar la innovación y detener la conducta oportunista) como así también, el interés de los empleadores en acordar por adelantado revelar los estados de cuenta a los trabajadores o colocarlos en la junta directiva (para evitar problemas derivados de la asimetría de la información).

A pesar de los costos asociados a la distribución de los ingresos entre los trabajadores y a la dirección compartida entre los miembros de la organización -trabajadores, gerentes y empresarios-, los beneficios de estas prácticas pueden promover las utilidades y el bienestar de los empleados, por lo que incluso deberían ser fomentadas por el mismo Estado (Berg, 2006).

2. Legislación laboral Argentina

Los institutos analizados en el punto precedente encuentran su correlato en la legislación nacional, y al igual que a nivel global, se enriquecen con los aportes de la economía conductual. Entonces, para comprender el alcance de esos aportes, se describirá de manera sucinta la normativa aplicable a cada caso en particular.

Asimismo, cabe aclarar que en el ámbito nacional las instituciones laborales en cuestión cuentan con preferente tutela constitucional, dada por el art. 14 bis (incorporado en el año 1957), cuya redacción consta de tres (3) párrafos: el primero de ellos enuncia la base de los derechos y garantías de los trabajadores en el derecho individual del trabajo, el

segundo se circunscribe al derecho colectivo del trabajo y finalmente el tercero se limita al ámbito de la seguridad social.

2.1. Asociaciones sindicales y negociación colectiva

En el segundo párrafo del citado artículo 14 bis, se garantiza “*a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo...(y) el derecho de huelga*”.

2.1.1. Asociaciones Sindicales

Las organizaciones de trabajadores se rigen por la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551 (en adelante LAS) y su Decreto Reglamentario N° 467/88, normas que regulan su formación estatutaria, su composición, autoridades, condiciones y formas de elección, sistema de afiliación y desafiliación, su patrimonio como también sus derechos y obligaciones.

La LAS es una de las normas vigentes que mejor reflejan la intervención estatal y contiene el elemento clave del denominado Modelo Sindical Argentino: la personería gremial. Tal carácter se obtiene por un acto administrativo homologatorio por parte del actual Ministerio de Producción y Trabajo,³ el cual determina la representatividad y ámbito de aplicación territorial del sindicato que cuente con el mayor número comparativo de afiliados en cada rama de actividad o empresa.

De ese modo, el Estado reconoce al sindicato más representativo como único interlocutor competente en un ámbito geográfico para negociar colectivamente en

³ Denominación conforme Decreto N° 801 (05/09/2018), publicado en el “*Boletín Oficial de la República Argentina*” (B.O.R.A.), disponible en: www.infoleg.gov.ar.

representación de los trabajadores, incluyendo a los no afiliados, recaudar cuotas sindicales a través de las retenciones de los empleadores y administrar sus propias obras sociales, entre otras facultades.

La normativa permite el registro de asociaciones con personería gremial y otras simplemente inscriptas, y si bien ello no imposibilita su coexistencia, sólo aquellas que cuenten con la personería gremial negociarán condiciones de trabajo y salario que impacten en el conjunto de los trabajadores de la actividad, y por mandato constitucional tienen exclusividad para ejercer el derecho de huelga.

2.1.2. Negociación Colectiva

Se rige por la Ley N° 14.250 (texto ordenado por Decreto N° 1.135/2004) que define las partes que pueden ejercer la negociación colectiva: por los empleadores una asociación profesional de empleadores (por ejemplo, una Cámara), un empleador o un grupo de empleadores, y por los trabajadores sólo las asociaciones sindicales con personería gremial.

El resultado de la negociación se refleja en el Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) respectivo, fuente formal y autónoma de obligaciones para los firmantes. Una vez cumplidos los requisitos y condiciones legales establecidos para su celebración y su contenido, tienen un “efecto expansivo” puesto que se extiende a todos los trabajadores y empleadores que desarrollen la actividad regulada por el convenio y estén comprendidos en su ámbito de aplicación.

Su artículo 7º, en su actual redacción, establece que: “Las disposiciones de las convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de

esas instituciones resultaran más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaran disposiciones dictadas en protección del interés general.”

2.2. Protección del salario

El citado art. 14 bis, en su párrafo 1º, establece: *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador (...) retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea”*.

En la legislación argentina, se utilizan indistintamente los términos remuneración, salario y sueldo para referirse a la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, la cual “no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque éste no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquél” (Art. 103, LCT).

Para la OIT, el salario es un componente fundamental de las condiciones de trabajo, objeto de conflictos permanentes y tema central en las negociaciones colectivas de todo el mundo.⁴

A pesar de que Argentina no ratificó el Convenio sobre la fijación de salarios mínimos N° 131, en el país el “Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil”, creado por Ley N° 24.013, tiene entre sus funciones la tarea de determinar periódicamente el salario mínimo. Por Resolución N° 6/2019 del mentado Consejo, se estableció su valor -a partir del 1º de octubre de 2019- en la suma de \$16.875.- (pesos dieciséis mil ochocientos setenta y cinco) para todos los trabajadores mensualizados que cumplen la jornada legal completa de trabajo.

⁴ Ver: <https://www.ilo.org/global/topics/wages/lang--es/index.htm>

Conforme lo prevé el artículo 116 de la LCT, “el Salario Mínimo Vital y Móvil es la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia, en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión”.

La fijación de un ingreso mínimo en la legislación interna es consistente con la tendencia mundial proteccionista, tal como lo reconoce la OIT en más del 90% de los Estados Miembros se estipula un piso salarial.⁵

2.3. Estabilidad

En el sistema argentino, la Constitución Nacional sólo contempla la estabilidad para el empleado público. Para el resto de los trabajadores, la garantía de conservación del empleo es de baja intensidad, ya que la única consecuencia que tiene el ejercicio de la facultad unilateral de despedir sin causa es el pago de una suma de dinero.

La normativa no contempla la opción del trabajador despedido sin causa de solicitar la readmisión en el empleo (salvo casos excepcionales, como los delegados gremiales o por razones de discriminación), lo que en la práctica se materializa con el pago de una indemnización tarifada.

Aunque, el ordenamiento jurídico proyecta cierta expectativa de continuidad de la relación, puesto que, conforme lo establece el artículo 10° de la LCT “en caso de duda, las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato.”

⁵ Ver: <https://www.ilo.org/global/topics/wages/minimum-wages/definition/lang--es/index.htm>

El principio que campea en la ley es el del que los contratos están hechos para durar hasta el momento de la jubilación (art. 252 LCT), por eso la regla del art. 10 debe relacionarse con el art. 90 según el cual el contrato de trabajo se entiende que, en principio, se celebra por tiempo indeterminado, y con el art. 242, que solo admite la disolución del contrato en los casos en que exista una injuria que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación. (Fernández Madrid, 2008, p. 14)

2.4. Participación en el control, dirección y las ganancias

El referido art. 14 bis, en su párrafo 1º, establece que: *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador (...) participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección”*.

En tanto que, la LCT prevé que “El salario puede fijarse por tiempo o por rendimiento y en este último caso, por unidad de obra, comisión individual o colectiva, habilitación, gratificación, participación en las utilidades” (artículo 104). Esta última modalidad fue implementada por algunos empleadores que -a modo de incentivo- distribuyeron ganancias mediante el pago de bonos o la entrega de acciones.

La norma constitucional no se agota con el derecho a la participación en las ganancias de la empresa, sino que en su segunda parte indica *“...con control de la producción y colaboración en la dirección...”*.

La LAS, demuestra un intento por establecer un control por parte de las asociaciones sindicales con personería gremial sobre la dirección de la empresa, al establecer en su artículo 31 inc. c) 2da parte, como uno de sus derechos exclusivos, “vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de la seguridad social”. A su vez, el art. 43 inc. a) indica que el delegado

de personal tendrá derecho a “verificar la aplicación de las normas legales y convencionales pudiendo participar en las inspecciones que disponga la autoridad administrativa del trabajo”.

Sin embargo, la facultad de vigilancia fue retaceada por el Decreto Reglamentario N° 467/88, restringiendo la iniciativa del sindicato y el control autónomo del delegado, limitando su acción a meros veedores de lo actuado por el inspector de la autoridad de aplicación.

Por último, la discusión en torno al carácter operativo o programático de ambas instituciones, generó que -a pesar de los beneficios que las mismas acarrear- en la práctica su aplicación sea controvertida y de dificultosa implementación.

3. Proyecto de reforma laboral

Con el objeto de transformar el marco institucional que rodea el campo laboral, con fecha 17 de noviembre de 2017, el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso el Proyecto de Ley INLEG-2017-28952312-APN-PTE (Exp. N° 392/17 del registro del Senado de la Nación). En virtud de la resistencia a su sanción por parte de algunos sectores de la sociedad, principalmente los gremios, el mismo no prosperó y el gobierno finalmente optó por enviarlo de manera fraccionada (Balinotti, 2018).

De acuerdo al mensaje de elevación (MEN-2017-130-APN-PTE, de idéntica fecha), la finalidad última de la reforma laboral es crear empleo formal y alentar la regularización laboral y la inversión, en un contexto de inseguridad jurídica, alta litigiosidad y asfixia regulatoria.

Por tratarse de un extenso documento que contiene diversas medidas de acción, el análisis se circunscribe a aquellos aspectos relacionados con algunos de los institutos

desarrollados precedentemente, y que se encuentran incorporados en el eje temático denominado “Título II. Relaciones de trabajo”.

Así, se introducen una serie de reformas estructurales al régimen de contrato de trabajo, a saber:

a) Se define una nueva categoría de trabajadores, los profesionales autónomos económicamente vinculados, excluidos del ámbito de la LCT y amparados por un estatuto especial;

b) Se modifica el art. 12 de la LCT, sobre los alcances de la irrenunciabilidad, en tanto se elimina el agregado de la Ley N° 26.574 y se retorna a su redacción original, lo que habilitaría a las partes a dejar sin efecto beneficios previamente acordados en el contrato individual. Además, prevé la posibilidad de homologar tales acuerdos en sede administrativa; y

c) se crea un fondo de cese laboral sectorial, que reemplaza al empleador en el pago de las indemnizaciones por preaviso y antigüedad (art. 232 y 245 LCT).

Este proyecto constituyó un intento de adaptar el derecho laboral a las exigencias económicas y sociales actuales, y del mismo se infiere que sus propuestas son más cercanas a los principios del derecho y economía tradicional, ya que, se excluye una categoría de empleados de la órbita de protección (se reducen los supuestos fácticos sobre los que se proyecta la disciplina), se amplía la facultad de las partes a renunciar derechos laborales (consistente con la idea de que se alcanzarían mejores resultados con menor intervención regulatoria) y se procura flexibilizar la terminación del contrato, mediante la sustitución de las indemnizaciones (asociado con la idea de reducir los costos en la etapa final de la relación de empleo).

Respecto a los puntos señalados, el mismo se alejaría de los postulados del enfoque conductual y se desaprovecharían los beneficios inmediatos atribuidos, por ejemplo, a la estabilidad y continuidad en el empleo y a la protección en caso de errores cognitivos (en razón de la renuncia de derechos propuesta).

Si el mentado proyecto -u otro de similares características- prosperara, el mismo podría ser cuestionado (principalmente en sede judicial, agravando el problema de la alta litigiosidad que se intenta combatir) por no reportar las ventajas asociadas a los institutos afectados, y porque la calidad de los empleos que se aspira a crear se reduciría significativamente.

4. Ambivalencia del enfoque conductual

En el contexto del empleo, la economía del comportamiento plantea muchas complejidades y depende de cuestiones empíricas sobre las que todavía no se ha demostrado evidencia inequívoca (Sunstein, 2001), condición que refuerza aún más la necesidad de mantener el debate central en torno a la conveniencia de la regulación laboral.

En los acápites anteriores, se ha evidenciado que el enfoque conductual es más propenso a brindar soporte normativo a la intervención legal en distintos campos del derecho (Jolls, 2002), y específicamente en la rama laboral se analizaron los argumentos que demostrarían su incidencia en la justificación de algunos institutos considerados fundamentales en la disciplina.

No obstante, resulta imperativo señalar que incluso desde la misma óptica se han elaborado razonamientos que avalarían una mayor flexibilización de las relaciones laborales, ya sea con fundamento en el respeto por la libertad de las decisiones de los individuos, como

en los efectos positivos que se le atribuyen a este fenómeno en términos de competitividad (en armonía con la visión económica tradicional).

En efecto, el mayor desafío visibilizado por el enfoque conductual (y núcleo del debate interno) es el diseño y la selección de la regla por defecto en presencia del efecto de dotación.

En lo que aquí interesa, esto se traduce en la presencia de las limitaciones del enfoque conductual en justificar determinadas instituciones del derecho del trabajo. El “*empujoncito*” (por la traducción del inglés del término “*nudge*”) que proponen Sunstein y Thaler emergería como el término medio entre las posturas antagónicas sobre el intervencionismo regulatorio. Partiendo de un piso mínimo y reducido de regulación jurídica, complementado por un conjunto de reglas por defecto, Sunstein propone que la mayoría de las normas laborales sean negociables entre las partes y eventualmente renunciadas, aceptando limitadas excepciones en materia de salud y seguridad en el empleo (McGaughey, 2014).

En esta zona fronteriza entre ambas percepciones, la eficiencia y la equidad se alcanzarían en un mercado de trabajo menos regulado, ya que la intervención estatal sería innecesaria o al menos se aceptaría sólo un grado mínimo de intervencionismo, dando lugar a lo que algunos autores caracterizan como contraejemplos del enfoque conductual.

Esta posición, en la que se priorizaría la libertad de elección de las partes, se basa en una necesidad de armonización de las normas en el contexto social, ya que existe consenso que una excesiva protección proveniente de la regulación laboral podría causar efectos adversos a los buscados.

Lo que puede entenderse por un buen empleo depende de diversos factores, los que han ido mutando a lo largo del tiempo, ya que, es un hecho objetivo que el marco regulatorio

vigente es el producto de un contexto distinto al actual, “y aunque dispone de mecanismos de adaptación y modernización, éstos no parecen ser suficientes en un contexto que podemos considerar disruptivo, por la coincidencia temporal e interacción de diversos fenómenos que incluyen, pero no solo, a los cambios tecnológicos” (Rodríguez-Piñero Royo, 2017).

Es así que, la flexibilidad de las normas laborales evitaría que la realidad del mercado laboral sea puesta en riesgo. A modo de ejemplo, se pueden referir los trabajos a tiempo parcial y temporarios que florecieron en las últimas décadas, que aunque se alejan del modelo tradicional de contratación por tiempo indeterminado, favorecerían la inclusión de trabajadores al mercado laboral con las nuevas modalidades contractuales.

La falta de unanimidad sobre las implicancias del enfoque conductual en el campo del derecho del trabajo, demuestra las dificultades presentes al momento de definir el límite aceptable de intervención regulatoria en una coyuntura donde la generación de empleo dependiente se encuentra en descenso.

Por ende, el diseño de un marco normativo que promueva la competitividad del mercado, a través de un cierto grado de paternalismo (de acuerdo a los hallazgos de la economía conductual) y en el que a la vez se respeten las elecciones de los individuos, es una interna que se mantiene entre los teóricos de la economía conductual. Definir la extensión y alcance de los derechos laborales seguirá siendo una difícil tarea, y si bien el enfoque conductual promueve la discusión con nuevos argumentos, el debate seguirá latente más allá de las páginas de este trabajo.

Reflexiones finales

Tal como se indicó en la Introducción, las transformaciones sociales y económicas, producidas principalmente por el avance tecnológico, exigen que el derecho del trabajo evolucione para adaptarse a las nuevas realidades.

Dada la historia y progreso de la disciplina, es destacable su poder de adaptación, aunque su efectividad frente a problemas crónicos (pasado) y potenciales (futuro), es actualmente cuestionada por no dar respuesta a determinadas situaciones y por atender a otras consideradas obsoletas. La mayor crítica a la disciplina es que se encontraría estancada y es atacada por encarecer y ralentizar el desarrollo de las relaciones laborales, lo que generaría graves consecuencias económicas.

Esas críticas omiten indicar que el riesgo de una inadecuada calificación de aquello que debería ser considerado trabajo a los fines de su regulación, restringe el alcance de la protección de la disciplina, por ejemplo, el caso de los retos que enfrenta la regulación de los trabajadores de plataformas. Como sostiene Berg (2019) “A pesar de realizar un trabajo valioso para muchas empresas altamente exitosas, su remuneración es a menudo inferior al salario mínimo, tienen que gestionar flujos de ingresos impredecibles y trabajan sin las protecciones convencionales de una relación laboral” (p. 115).

El derecho del trabajo, evitaría que la transición hacia nuevas fuentes de trabajo y modalidades de su ejecución generara la pérdida de derechos y, en definitiva, la disminución de la calidad de vida de los empleados.

Los cuestionamientos económicos que se limitan a contemplar los costos que representa su implementación, que sólo focalizan su análisis en: la rigidez de las normas, la falta de adaptación a los cambios tecnológicos, y la pérdida de competitividad (profundizada

por la internacionalización de las empresas y servicios), obligan a indagar en nuevos argumentos de justificación, como los que propone el enfoque conductual.

Si bien el debate sobre la intervención de las relaciones laborales o su desregulación no es novedoso, el mismo sigue vigente y continúa despertando interés social, por lo que el aporte de la economía conductual resultaría clave para atenuar los resultados negativos que produciría la desprotección de los trabajadores, a la vez que fortalecería con argumentos económicos normativos el derecho laboral.

Con el objeto de comprender el potencial analítico y las contribuciones del enfoque conductual al análisis económico del derecho laboral, se explicaron las diferencias de ambas perspectivas, distinción que por razones metodológicas se realizó en dos etapas.

En la primera, se distinguieron los componentes analíticos de ambos enfoques. Al derecho y economía tradicional se le atribuye fomentar la flexibilización y precarización, por resistir la regulación, lo que generaría, bajo ciertas condiciones, una suerte de desprotección. En cambio, al introducir factores psicológicos (cognitivos y emocionales), o bien al realizar un análisis integral de las normas que regulan las relaciones laborales, se evidencia que la sociedad exige no sólo la generación de empleo, sino que los mismos sean de calidad.⁶

Más aún, asumiendo que los sesgos cognitivos explican una serie de errores que las personas cometen sistemáticamente, las conclusiones del estudio del comportamiento son extensivas a las decisiones contractuales laborales. Es que, no hay que olvidar que el trabajador puede tener las mismas fallas cognitivas que el resto de los individuos, con la única diferencia que ellas se dan en el marco de una relación de empleo. Entonces, la economía conductual amplía la base normativa del derecho laboral con argumentos

⁶ La destrucción de empleos por la sustitución tecnológica, obliga a pensar en alternativas tales como disfrutar del tiempo libre o la creación de una renta universal de cara al futuro (Levy Yeyati, 2018).

paternalistas, aceptando un nivel de intervencionismo estatal mayor que el propuesto por el análisis legal y económico convencional.

En el caso específico de esta rama del derecho, las normas de orden público implican un “plus de protección”, cuyo objeto es restablecer el equilibrio que acarrea la asimetría ínsita en la relación que une a las partes, y que se caracteriza por estar conformado por diversas normas imperativas, que en razón de esa desigualdad, limitan la libertad individual de contratación.

En el plano nacional, la LCT, con fundamento en el estado de necesidad de los trabajadores, contiene diversas normas diseñadas para prevenir errores de percepción en el proceso de toma de decisiones. A modo de ejemplo, se pueden citar las pautas referidas a la prohibición de pactar condiciones menos favorables que las dispuestas en las normas laborales (art. 7°); irrenunciabilidad de derechos (art. 12); e inoponibilidad del contrato de objeto prohibido al trabajador (art. 42), las que claramente se condicen con el paternalismo propuesto desde el enfoque conductual del derecho.

En la segunda, los resultados del contraste entre el enfoque tradicional y conductual se aplicaron a instituciones laborales específicas, claves para afrontar problemas prioritarios, y que integran el derecho interno de la mayoría de los países.

De allí que, incorporando factores psicológicos y emocionales en el análisis económico ortodoxo, el concepto de bienestar puede ser redefinido influyendo indefectiblemente en los objetivos del sistema legal. Ello, se traduce en mayores argumentos económicos para el fortalecimiento de instituciones centrales para la vigencia del derecho del trabajo.

En síntesis, el argumento de que la regulación laboral “siempre” incrementaría los costos, podría ser resistido con los postulados de la economía conductual. Conforme fue explicado en las instituciones descritas, la legislación laboral puede representar, bajo ciertas circunstancias, un aumento significativo del bienestar, si el análisis económico del derecho se basara en premisas más realistas sobre la conducta del hombre que trabaja.

Referencias

Álvarez Cisneros, Sonia del Carmen y Cortés González, Jaime (2017); *Manual de redacción de tesis jurídicas*; 1º Ed., México: Amate.

Balinotti; Nicolás (2018); *Descartan cambios en las indemnizaciones para destrabar la reforma laboral*; Diario La Nación. Disponible en <https://www.lanacion.com.ar/politica/descartan-cambios-en-las-indemnizaciones-para-destrabar-la-reforma-laboral-nid2140660>

Berg, Janine; Furrer, Marianne; Harmon, Ellie; Rani, Uma y Silberman, Six (2019) *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*; Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Cazes, Sandrine y Verick, Sher Ed. (2013); *Perspectives on labour economics for development*; Organización Internacional del Trabajo; Disponible en www.ilo.org; Fecha de consulta: 18/02/2019

Coase, Ronal H. (1988); *The firm, the Market, and the Law*; Chicago, USA: The University of Chicago Press.

Coase, Ronald H. (1994); *Essays on economics and economists*; Chicago, USA: The University of Chicago Press

Cortés, Javier (2017); *Hay un robot en el despacho de mi abogado*; Disponible en: https://retina.elpais.com/retina/2017/05/23/innovacion/1495559127_628083.html; Fecha de consulta 02/07/2018.

- Cruz Villalón, Jesús (2016); *La metodología de la investigación en el Derecho del Trabajo*;
Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social N° 132, p. 73-121;
Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/423867>
- Darity, William y Goldsmith, Arthur H. (1996); *Social Psychology, Unemployment and Macroeconomics*; The Journal of Economic Perspectives, Vol. 10, N° 1, p. 121-140.
- Deakin, S. and Wilkinson, F. (1998); *Labour law and economic theory: a reappraisal*; CBR Working Paper Series, No.92. Cambridge: University of Cambridge. Disponible en: <https://www.researchgate.net>; Fecha de consulta: 20/04/19.
- Deakin, Simon (2016); *The Contribution of labour law to economic development and growth*; CBR Working Paper Series, No.478. Cambridge: University of Cambridge; Disponible en: <https://www.cbr.cam.ac.uk/home/>; Fecha de consulta: 20/06/19.
- Dhami, Sanjit (2016); *The foundations of behavioral economic analysis*; Oxford University Press.
- Estlund Cynthia L (2013).; *Why workers still need a collective voice in the era of norms and mandates*; en “Research Handbook on the Economics of Labor and Employment” Estlund, Cynthia L. y Wachter, Michael L. Ed., p. 463- 494, USA: Edward Elgar Publishing, Inc.
- Fernández Madrid, Juan Carlos (1989); *Tratado práctico de derecho del trabajo*; Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Fernández Madrid, Juan Carlos y Caubet, Amanda B (2008); *Leyes Fundamentales del Trabajo*; 10° Ed.; Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley.

- Hart, Oliver D. (1983); *Optimal Labour Contracts under Asymmetric Information: An Introduction*; The Review of Economic Studies, Vol. 50, No. 1, pp. 3-35.
- Hart, Oliver D. y Moore, John (2006); *Contracts as reference points*; Harvard Law and Economics Discussion Paper N° 572.
- Holmström, Bengt y Milgrom, Paul (1991); *Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design*; Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 7, Special Issue: [Papers from the Conference on the New Science of Organization, Oxford University Press, p. 24-52.
- Holmström, Bengt (2016); *Pay for performance and beyond*; Lectura de Premio Nobel.
- Jolls, Christine; Sunstein, Cass R.; Thaler, Richard H. (1998); *A Behavioral Approach to Law and Economics*; Standford Law Review, Vol. 50 1471/1550.
- Jolls, Christine (2002); *Fairness, Minimum Wages, and Employee Benefits*; in *Symposium: Behavioral Law and Economics in the Workplace*, New York University Law Review, 77:47-70.
- Kahneman, Daniel (2012); *Pensar rápido, pensar despacio*; Buenos Aires, Argentina: Debate
- Kaufman, Bruce E. (2006); *The Institutional Theory of John R. Commons: Foundation for a Heterodox Labor Economics*; Georgia State University; Working Paper 06-02.
- Kaufman, Bruce E. (2008); *Labor Law and Employment Regulation: Neoclassical and Institutional Perspectives*;
- Krotoschin, Ernesto (1968); *Instituciones de derecho del trabajo*; 2º Edición, Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Krugman, Paul (2012); *¡Acabemos ya con esta crisis!*; 1º Edición, Buenos Aires, Argentina: Crítica.

Lipovetzky, Jaime C. (2009); *Tratado de derecho del trabajo*; Buenos Aires, Argentina: Ediciones Cathedra Jurídica.

Levy Yeyaty, Eduardo (2018); *Después del Trabajo. El empleo argentino en la cuarta revolución industrial*; 1º Ed; Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamericana.

Lukács, György (2004); *Ontología del ser social: el trabajo*; 1º Ed.; Buenos Aires, Argentina: Herramienta.

Miller, Geoffrey P. (2011); *Law and Economics versus Economic Analysis of Law*; NYU Law and Economics Research Paper No. 11-16.

Natanson, José (2019); *El precariado*; Le monde diplomatique, Edición N° 236, p. 2/3.

McGaughey, Ewan (2014); *Behavioural Economics and Labour Law*; LSE Legal Studies Working Paper No. 20/2014; King's College London Law School Research Paper No. 2015-04. Disponible en: <https://ssrn.com/>.

Organización Internacional del Trabajo (2017); *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*; Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra; Disponible en: www.ilo.org; Fecha de consulta 15/09/2018.

Pérez Rey, Joaquín (2004); *Estabilidad en el empleo*; Madrid, España: Editorial Trotta.

Posner, Richard A. (1984); *Some Economics of Labor Law*; The University of Chicago Law Review, 51(4), 988; Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1599556>.

Richard A. Posner (1998); *Utilitarismo, economía y teoría del derecho*; Estudios Públicos N° 69, Chile.

Posner, Richard A. (2013); *El análisis económico del derecho*; México: Fondo de Cultura Económica.

Rodríguez Mancini, Jorge (2016); *El trabajo en el futuro*; La Ley, Año LXXX N° 168, p. 1-7.

Rodríguez-Piñero Royo, Miguel (2017); *La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social*; Temas Laborales, N° 138/2017; p. 125-161.

Samuelson, Paul y Nordhaus, William D. (2005); *Economics*; McGraw Hill International Edition.

Sala Franco, Tomás (1990); *Derecho del Trabajo*; Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Schwab, Stewart J. (2017); *Law and Economics. Approaches to Labour and Employment Law*; 33 International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1479/>

Spector, Horacio (2015); *Los fundamentos filosóficos del Derecho Laboral*; En J. L. F. Zamora y E. Spector (Eds.) “Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho”. Volumen 3, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 714; p. 2641/2680. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/25.pdf>

Stordeur, Eduardo (h) (2011); *Análisis económico del derecho. Una introducción*; Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

Stordeur, Eduardo (h) (2015); *Breves consideraciones en torno a ‘The Importance of Behavioral Law’ de Thomas Ulen*; Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo Año II, N° 1; pp. 11-24.

- Sugden, Robert (2008); *Why incoherent preferences do not justify paternalism*; Constitutional Political Economy, Vol.19, p.226-248; Disponible en: DOI 10.1007/s10602-008-9043-7
- Sunstein, Cass R. (2001); *Human Behavior and the Law of Work*; Virginia Law Review Vol. 87 N° 2; Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.231922>
- Tetaz, Martín (2016); *Participación en las ganancias*; Diario El Día, La Plata, Argentina; Disponible en <http://www.martintetaz.com/tag/impuesto-a-las-ganancias/>
- Thaler, Richard (2000); *From Homo Economicus to Homo Sapiens*; Journal of Economic Perspectives, Volumen 14 N° 1, p. 133/141.
- Thaler, Richard (2015); *Misbehaving*; 1° Edición, USA: W. W. Norton & Company Inc.
- Thaler, Richard (2016); *Behavioral Economics: Past, Present, and Future*; Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2790606>
- Thaler, Richard y Sunstein, Cass (2003); *Libertarian Paternalism*; The American Economic Review, Vol. 93, N° 2.
- Thaler, Richard y Sunstein, Cass (2008); *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*; Yale University Press.
- Vanek, Jaroslav (1971); *La economía de participación*; Buenos Aires, Argentina: Amorrortu Editores.
- Wachter, Michael L. (2013); *Neoclassical Labor Economics: Its Implications for Labor and Employment Law*; en “Research Handbook on the Economics of Labor and Employment” Estlund, Cynthia L. y Wachter, Michael L. Ed., p. 20- 51, USA: Edward Elgar Publishing, Inc.