
Impacto de las sentencias laborales del Tribunal Constitucional sobre el mercado de trabajo (2002-2005)

Jorge Toyama Miyagusuku^(*)

Profesor Universitario. Abogado laboralista.
Miembro de la Asociación Civil *ius et veritas*.

Probablemente la mayor reforma laboral de los últimos años no sea una norma del Poder Legislativo o una actuación administrativa del Ejecutivo, la mayor regulación proviene del Tribunal Constitucional (en adelante TC) con su posición en torno a la inconstitucionalidad de un tipo relevante de despidos que las normas legales le disponen una protección a nivel indemnizatorio.

Sobre la base de la información estadística disponible y la recopilación de políticas y acciones de las empresas y trabajadores, el presente trabajo se centra en evaluar el impacto que han tenido en el mercado de trabajo las sentencias del TC de los años 2002 y 2003 en materia de protección contra el despido y que dispusieron la reposición de trabajadores al centro de trabajo.

Desde setiembre de 2002, el TC ha modificado radicalmente el sistema de estabilidad laboral en nuestro país pues ha restituido la reposición laboral. Las sentencias del TC, luego de más de dos años de haber fijado el nuevo criterio jurisprudencial de protección laboral, permiten concluir que estamos ante un precedente vinculante reiterado -y reforzado o delimitado en sucesivas sentencias- que ha generado la ampliación de los supuestos de reposición al centro de trabajo, especialmente de los despidos sin expresión de causa, cuando las normas legales consideran, desde fines de 1991, que la regla es la indemnización frente a un despido arbitrario. Se trata, en definitiva, de analizar los efectos en el mercado de trabajo de las sentencias emitidas por el TC en esta materia, para lo cual

hemos analizado su impacto en diversos indicadores laborales macro y micro económicos.

Realizar este análisis resulta de interés por dos razones principales. La primera está relacionada con la discusión acerca de si las políticas proteccionistas de las instituciones que regulan el mercado de trabajo influyen negativamente sobre los niveles de empleo o formalización del empleo, así como en el nivel de actuación de las empresas y trabajadores luego de las sentencias del TC. Hasta la fecha, no se conocen estudios concluyentes que refuten o confirmen de modo absoluto y general una relación directa entre rigidez y menor empleo o entre rigidez y mayor informalidad. Y la segunda razón tiene que ver con el proceso de reforma (no concluido aún) que a partir del año 2001 y concretamente desde el año 2002, se viene dando en la legislación y jurisprudencia laboral especialmente, que implican un cuestionamiento a las políticas de flexibilización del mercado de trabajo que se llevó a cabo durante la década de los 90 y la consolidación de una tendencia de una mayor regulación o protección en la legislación que regula el mercado laboral.

Nuestra investigación -en la parte del impacto sobre indicadores macroeconómicos de empleo- se nutre de la información disponible tanto de fuentes estatales (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, INEI, SUNAT, ESSALUD, Poder Judicial) como de organizaciones no estatales (OIT, APOYO, GRADE, IPE). La idea de este esfuerzo es contribuir a acercarnos a definir la importancia exacta que tienen -o debería dárseles- a las instituciones

(*) Agradecemos la participación del señor Luis Arellano Mori, en la investigación realizada y apoyo recibido en la elaboración de este artículo.

laborales y sus efectos sobre la creación de mayor empleo formal en nuestro país, que es finalmente el objetivo que nos anima y sobre el cual debemos trabajar mucho más aún.

Ciertamente, los autores de este trabajo contamos principalmente con formación jurídica y hemos tratado de acercarnos al mercado de trabajo a través de estudios de economía laboral que ya se han realizado. Por ello, adelantamos las disculpas por cualquier deficiencia en el tratamiento de las instituciones de la economía laboral.

1. El Tribunal Constitucional y el despido laboral en el Perú

A través de este artículo queremos apreciar cómo las resoluciones del TC han modificado radicalmente el sistema de protección contra un despido en el sistema peruano. Desde setiembre de 2002, el TC ha establecido que todo despido de un trabajador sin expresión de causa reconocida en la ley (inmotivado o incausado)⁽¹⁾, representa una lesión a la Constitución y, por ende, mediante una acción de amparo resulta posible su protección. De esta manera, ante un despido inconstitucional (despido sin expresión de causa reconocida en las normas legales, o con una causa inventada o un despido bajo coacción -estos dos últimos agrupados en el denominado despido fraudulento-, o un despido sin observar el procedimiento establecido en ley), un

trabajador que no cobra sus beneficios sociales y/o indemnización por despido arbitrario, tiene la opción de demandar su reposición en una acción de amparo⁽²⁾, mientras que las normas legales prevén -en todos los casos descritos- el pago de una indemnización exclusivamente.

Ciertamente, el control jurisdiccional es necesario en todo ordenamiento jurídico y es la base sobre la cual descansa el moderno Estado de Derecho⁽³⁾. No es posible que exista un ordenamiento jurídico moderno sin mecanismos, directos o indirectos, de control de la constitucionalidad y de la legalidad. En ese sentido, el TC cumple un rol esencial dentro del Estado. Por un lado, las resoluciones que emite al resolver las acciones de amparo y *habeas corpus*, no solamente resultan relevantes porque versan sobre derechos fundamentales y agotan la jurisdicción interna, sino porque tienen efecto vinculante en el sistema jurídico, al ser el máximo intérprete de la Constitución. Por otro lado, las resoluciones del TC en materia de acciones de inconstitucionalidad contra leyes o normas con rango de ley expulsan del ordenamiento jurídico aquellas normas lesivas a la Constitución.

En materia de despidos, de un lado, el TC tenía una posición clara hasta mediados de 2002, y que consistía en reconocer la constitucionalidad de la protección indemnizatoria ante un despido arbitrario, esto es, no establecía la reposición ante un cese sin expresión de causa sino el pago de la

- (1) Como lo hemos expresado en anteriores ocasiones, no estamos de acuerdo con la tesis del TC con relación a la inconstitucionalidad de los despidos sin expresión de causa. Consideramos que, en estos casos, resulta constitucional -y adecuado a las normas internacionales sobre Derechos Humanos- que las normas legales hayan establecido como protección una indemnización tarifada. Al respecto, puede verse nuestra posición en TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *La inconstitucionalidad de los despidos: un análisis de los criterios del Tribunal Constitucional*. En: *Revista Actualidad Laboral*. Número 330. Diciembre, 2003. pp. 19 y siguientes. Entre otros autores que han tratado este tema podemos citar a BLANCAS, Carlos. *Derecho al trabajo y despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Número 49. Lima: Gaceta Jurídica, octubre de 2003. p. 30; CORTES CARCELEN, Juan y Mónica PIZARRO. *El derecho a no ser despedido sin causa y el derecho a no ser despedido sin causa justa*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 49. Lima: Gaceta Jurídica, octubre de 2002, pp. 92 y 93; GARCIA, Fernando. *El derecho al empleo y el despido arbitrario*. En: *Derecho & Sociedad*. Número 19. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 251 y 252; LANDA, César. *Amparo contra Telefónica*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Número 49. Lima: Gaceta Jurídica, octubre de 2002. p. 43; MORALES, Pedro. *Derecho al trabajo y despido arbitrario, doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional*. En: *Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional*. Lima: AMAG y SPDTSS, 2004. pp. 123 y siguientes; NEVES MUJICA, Javier. *Los conceptos y los efectos de la sentencia del Caso Telefónica*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 49. Lima, octubre de 2002. p. 49, y; VINATEA RECOBA, Luis. *La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario: Comentarios a la Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional Peruano*. En: *Derecho & Sociedad*. Número 23. Lima 2004. pp. 105 y siguientes.
- (2) Si el trabajador cobra o hubiera iniciado la acción de cobro de la indemnización en la vía laboral ordinaria, no cabe una acción de amparo que pretenda su reposición al centro de trabajo, tal como lo ha dispuesto el propio TC en la sentencia recaída en el expediente 0532-2001-AA/TC.
- (3) ARAGÓN, Manuel. *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Argentina, 1995. p. 141.

indemnización, y de esta manera reconocía la validez de la regulación legal⁽⁴⁾. Empero, en setiembre de 2002 se difundió una sentencia que variaría sustancialmente la posición del TC sobre este tema.

En efecto, mediante sentencia del 11 de setiembre de 2002 (expediente 1124-2001-A-A/TC), el TC estableció sus nuevos criterios. Ante la alegación de una amenaza de despidos arbitrarios, las organizaciones sindicales de Telefónica del Perú interpusieron una acción de amparo por trasgresión al derecho al trabajo, libertad sindical, igualdad ante la ley, debido proceso, legítima defensa y tutela jurisdiccional efectiva. Esta acción de amparo, en última instancia, fue declarada fundada por el TC - que de manera imprevista varió su criterio jurisprudencial- y ordenó la reposición de los trabajadores despedidos en forma incausada (sin expresión de motivo legal). Para ello, el Tribunal inaplicó las normas legales que disponían el pago de la indemnización ante despidos incausados,

declarando inconstitucional el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR) y reconociendo que la indemnización no constituye una adecuada protección frente al despido incausado (de acuerdo a su interpretación del derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario previstos en los artículos 22 y 27 de la Constitución, respectivamente) sino que solamente la reposición en el puesto de trabajo puede proteger al trabajador.

Posteriormente, el TC ha emitido otras sentencias sobre despidos, ratificando su criterio que importa declarar inconstitucional todos los ceses inmotivados (la sentencia en la cual se resume la posición del TC es la recaída en el expediente 976-2001-AA/TC).

En el siguiente cuadro podemos apreciar como, a partir de las sentencias del TC, se han modificado los criterios de reposición en el puesto de trabajo frente a un despido que estaban previstos en las normas legales:

Tipo de despido	¿En qué consiste?	¿Qué establece la ley laboral?	¿Qué establece el TC?
Incausado	No hay expresión de causa, ausencia de un motivo escrito o verbal	Despido arbitrario indemnización	Reposición
Fraudulento	Despido manifiestamente abusivo, con razones falsas e inventadas y/o realizado mediante la coacción al trabajador.	Despido arbitrario indemnización	Reposición
Nulo	Despido con afectación a derechos fundamentales por discriminación, embarazo, participación sindical, discapacidad, VIH o como una reacción ante un reclamo	Despido nulo reposición	Reposición
Derechos Fundamentales	Despido que afecta derechos fundamentales del trabajador como son intimidad, religión y debido proceso.	Despido arbitrario indemnización	Reposición
Despido causado + procedimiento	Hay expresión de causa y debido procedimiento pero en el proceso no se llega a probar la comisión de la falta grave que se le imputa al trabajador.	Despido arbitrario indemnización	Indemnización

(4) Al respecto, puede verse lo resuelto en el Expediente 731-96-AA/TC (caso Eduardo Salcedo Peñarrieta); expediente 582-97-AA/TC (caso Pedro Soras Canchari), y Expediente 773-99-AA/TC (caso Rosario Benites Mantari).

Como ya hemos descrito, son los dos primeros supuestos (nulo y fraudulento) los que radicalmente han afectado la regulación sobre despidos en el Perú, los que mayor controversia han generado entre laboristas y aquellos que han tenido un impacto en el mercado laboral (cuando menos, como veremos, en la actuación de empleadores y trabajadores).

2. El nuevo Código Procesal Constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional

Antes de concluir este acápite, resulta relevante determinar si el nuevo Código Procesal Constitucional (CPC), aprobado por Ley 28237, permite la interposición de acciones de amparo para cuestionar el despido sin expresión de causa de un trabajador. En primer término, tenemos la instauración del criterio de “residualidad” de los procesos constitucionales. En efecto, el numeral 2 del artículo 5 del CPC prevé, como causales de improcedencia de los procesos constitucionales - entre los cuales está la acción de amparo-, lo siguiente:

“No proceden los procesos constitucionales cuando: (...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

Entonces, estamos ante una acción de amparo residual. Ahora resulta aplicable la conocida frase de Sagués sobre el particular: el amparo es una vía excepcional, residual, y hasta “heroica”⁽⁵⁾. Por vía paralela, siguiendo a Abad⁽⁶⁾, entendemos cualquier proceso judicial, diferente del amparo, mediante el cual “se puede obtener la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado”. La acción de amparo solo procede en la medida en que no exista una vía idónea, capaz de tutelar de manera rápida y eficaz un derecho constitucional afectado.

En la línea que describimos, en tanto que existen vías procesales judiciales para obtener la reposición laboral en los casos de nulidad de despido (supuestos de discriminación, despidos antisindicales, establecidos en el artículo 29 de la

Ley de Productividad y Competitividad Laboral - LPCL-, aprobada por Decreto Supremo 003-97-TR), no deberían ser procedentes las acciones de amparo en el cuestionamiento del cese por una razón de nulidad de despido. Empero, ¿qué sucede con el despido incausado? Como la vía laboral ordinaria solamente prevé el pago indemnizatorio, todavía sería posible una acción de amparo que concede reposición al trabajador según los criterios del TC.

De este modo, la modificación de la legislación en materia de amparo no será relevante para determinar la improcedencia de las acciones de amparo en materia de despidos incausados y fraudulentos pues, en estos casos, la legislación ordinaria prevé la indemnización como protección ante el despido arbitrario.

Si se aprobara el Proyecto de Ley General del Trabajo (LGT), consideramos que el TC tendría que cambiar de criterio y no podría admitir demandas en materia de despido incausado pues, expresamente, el texto del Proyecto de LGT prevé la reposición ante cualquier despido que transgreda derechos constitucionales⁽⁷⁾. Entonces, como el TC considera que el despido sin expresión de causa es inconstitucional y cabe una reposición, el Poder Judicial tendría que admitir acciones de nulidad de despido por ceses incausados y ordenar su reposición.

Actualmente, dada la configuración del ordenamiento laboral y los procesos laborales, no es posible solicitar, tal como se viene sosteniendo de manera adecuada por los magistrados laborales, al juez de trabajo la reposición al centro de trabajo sobre la base de la tesis del TC. No se admite, entonces, una acción de nulidad de despido porque las causales son taxativas y en ellas no se encuentra el despido incausado o los despidos que son declarados inconstitucionales por el TC.

Sin embargo, si se pusiera en vigencia el actual texto de LGT, los jueces de trabajo conocerían de las acciones de reposición laboral ante un despido que no exprese una causa reconocida en una norma laboral. En otras palabras, la “tesis del TC” más la apertura a causales abiertas en el proyecto de LGT

(5) SAGUÉS, Néstor. *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Buenos Aires: Astrea, 1988. p. 16.

(6) ABAD, Samuel. *La acción de amparo y vías paralelas*. En: *Lecturas sobre temas constitucionales*. Número 4. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990. p. 144. Además, véase: LAZZARINI, José. *El juicio de amparo*. Buenos Aires: La Ley, 1967. p. 123.

(7) El artículo 132 de la LGT (que describe las causales de despidos nulos) propone que todo despido lesivo de derechos fundamentales o que impida ejercer el derecho de defensa en el procedimiento de despido importa una reposición.

conducirían a las reposiciones laborales en sedes judiciales. Además, ello supone que ya no caben acciones de amparo ante despidos incausados pues la "jurisdicción se trasladaría" de la vía constitucional a la laboral ordinaria.

Seguidamente, en el siguiente cuadro, resumimos lo expresado precedentemente. Reiteramos que

tanto lo expuesto como lo señalado en el cuadro son consideraciones personales que se basan en el texto del actual proyecto de LGT así como los criterios del TC y del Poder judicial; por tanto, los criterios que adopte el TC y el Poder Judicial pueden ser diferentes y modificar totalmente lo expresado por nosotros.

Tipo de despido	Juicio laboral (hoy)	TC y CPC (hoy)	Juicio laboral y LGT (futuro)	TC y LGT (futuro)
Incausado	Indemnización	Cabría reposición	Sería Reposición	Sería improcedente
Nulo	Reposición	Improcedente	Reposición	Improcedente
Arbitrario ⁽⁸⁾	Indemnización	Improcedente	Indemnización	Improcedente

3. Impacto de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el mercado de trabajo: indicadores de empleo y contratación laboral de los años 2002-2004

A efectos de indagar el impacto de las resoluciones del TC sobre el mercado laboral, hemos considerado pertinente analizar la evolución de los siguientes indicadores "macro" de empleo, en el citado periodo:

- Variación de indicadores de empleo en el Perú urbano 2002-2004 para empresas del sector privado de 10 o más trabajadores.
- Evolución del registro de contratos a plazo fijo 2001-2004 que administra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE).
- Tasas de desempleo abierto urbano en el Perú (OIT) 2002-2003.
- Evolución del número de trabajadores dependientes según SUNAT 2002-2004 a nivel nacional.
- Tasas de subempleo en Lima Metropolitana (MTPE-INEI-ENAHU).
- Variación de la duración media de los empleos en Lima Metropolitana (MTPE).
- Asalariados del sector privado, según tipo y tamaño de empresas (MTPE).
- Evolución de la población económicamente activa (PEA), PEA ocupada y los asalariados ocupados (MTPE-INEI-ENAHU).

i) Encuestas de percepción sobre el mercado laboral y empleo (2004).

Estos indicadores nos permitirán aproximarnos a nuestra interrogante: si la reposición impuesta por el TC (considerada institución laboral rígida) afectó negativamente los indicadores macro claves en materia laboral en los dos años subsiguientes, principalmente.

3.1 Evolución del empleo formal en el Perú urbano

Es importante precisar algunos aspectos metodológicos. En primer lugar, las cifras relacionadas con el comportamiento del empleo en los años 2002 y 2003 se refieren a indicadores del Perú urbano (no a todo el país), tomando como base las estadísticas proporcionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Para el año 2004, estas cifras se refieren a Lima Metropolitana.

El Perú urbano comprende a Lima Metropolitana y a las 20 principales ciudades del interior del país. Ciertamente es un segmento representativo pues el Perú Urbano concentra el mayor porcentaje del PBI (56 por ciento) y lidera las inversiones. Asimismo, a pesar de los altos niveles de informalidad en el mercado de trabajo, los resultados estadísticos para este sector son más confiables que para el resto del país.

En segundo lugar, la estadística del Ministerio de Trabajo analiza el comportamiento del empleo formal en las empresas privadas de diez o más

(8) Este tipo de despido representa los casos donde existe una imputación de falta grave pero, en el proceso judicial, no se demuestra de modo fehaciente la comisión de la falta laboral.

Ello evidencia que, respecto a la realidad manifestada por este grupo de empresarios, las decisiones del Tribunal Constitucional tampoco afectaron la nueva contratación de trabajadores en las empresas del Perú.

trabajadores (pequeña, mediana y gran empresa), no se incluye a la microempresa. En rigor, el Ministerio de Trabajo⁽⁹⁾, siguiendo una recomendación de la OIT, considera dentro del grupo de los formales a:

- a) Las empresas privadas de más de diez trabajadores,
- b) Los profesionales independientes, y
- c) El sector público;

Mientras que considera dentro del grupo de los informales a:

- a) Los microempresarios,
- b) Los independientes no calificados, y
- c) Los trabajadores familiares no remunerados.

Una breve descripción del mercado laboral en la actualidad nos indica que según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) se estima que de un total de 27.3 millones de peruanos (2003), 18.9 millones se encuentra en edad de trabajar (pues sobrepasaban

los 14 años), de ellos 13 millones constituyen la Población Económicamente Activa (PEA), de los cuales están trabajando (12.2 millones) o buscando activamente un puesto de trabajo (714 mil).

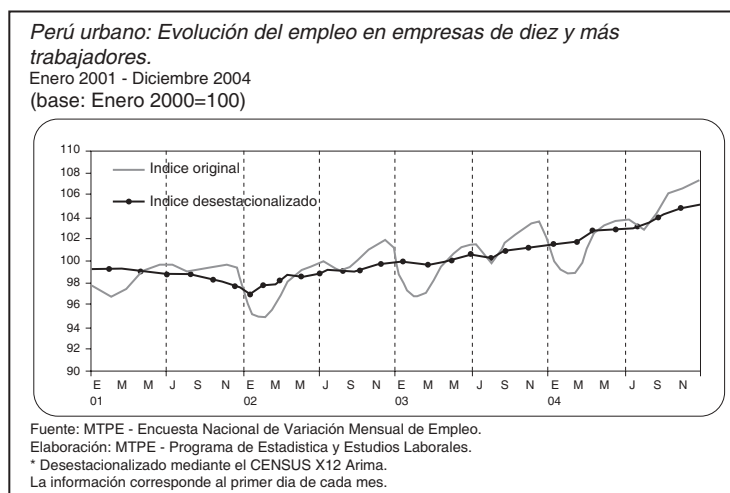
Así, del análisis de los cuadros estadísticos respecto del empleo formal en el Perú urbano en el periodo de análisis podemos concluir lo siguiente:

- a) El empleo creció 1.8% en el 2003 y 3.6% en el 2004.

Si bien las decisiones del TC a partir de septiembre del 2002 hacen más rígido el sistema de despido y, por tanto, incrementan su costo, no se evidencia en los indicadores de empleo del Perú urbano de los años 2003 y 2004 un impacto negativo sobre el empleo urbano formal. Al contrario, estos indicadores evidencian una evolución positiva.

Así, según el Ministerio de Trabajo, durante todo el año 2003, el empleo creció 1.8% respecto del mismo periodo del año 2002, principalmente por el crecimiento del empleo en los sectores extractivos (7.6%), el comercio (4.6%) y servicios (1.6%). Asimismo, para el año 2004, el empleo creció 3.6 por ciento, destacando el crecimiento de los sectores extractivos (12.6 %), industria (3.8%), servicios (3.5%), transportes y comunicaciones (1.3%) y comercio (0.8%).

Dos hechos a tomar en cuenta para explicar el crecimiento del empleo global. De un lado, en agosto del 2002 el gobierno logró la prórroga de los beneficios del ATPDEA para nuestros exportadores y de otro, el importante incremento del precio de los minerales en el mercado internacional durante el 2003 y el 2004, especialmente.



(9) Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. *El Estado del Empleo en el Perú 2003*. Lima, julio de 2004.

**Perú: Variación del empleo en empresas de 10 y más trabajadores, según ámbito Geográfico
Noviembre 2003 - Diciembre 2004 1/**

	Variación Mensual 2/				Variación Anual 3/			
	Noviembre 2003	Diciembre 2003	Noviembre 2004	Diciembre 2004	Noviembre 2003	Diciembre 2003	Noviembre 2004	Diciembre 2004
Perú urbano	0.8	0.4	0.6	0.5	1.8	1.8	3.4	3.6
Lima Metropolitana	0.6	0.7	0.7	0.8	1.6	1.9	3.0	3.0
Resto Urbano	1.2	-0.7	0.3	-0.3	2.3	1.2	4.4	4.8

Fuente: MTPE-ENVME en empresas de 10 y más trabajadores de la actividad privada.

Elaboración: MTPE-Programa de Estadísticas y Estudios Laborales.

1/ La información corresponde al primer días de cada mes.

2/ Variación del índice del empleo del mes de estudio respecto del mes anterior.

3/ Variación del índice del empleo del mes de estudio respecto del mismo mes del año anterior.

Según el MTPE, el sector servicios tuvo el mayor peso en el aumento del empleo total ya que concentra 36% del total de los trabajadores, albergando especialmente a las medianas y grandes empresas. Le sigue en importancia el sector industrial que concentra el 32% de los trabajadores.

Dentro del sector servicios destacan los servicios prestados a las empresas, la rama de la enseñanza y los establecimientos financieros como las más dinámicas. El empleo en el sector industrial creció por el aumento del empleo en las medianas y grandes empresas, principalmente en el rubro textil y de confecciones. Sin embargo, el empleo en las pequeñas empresas siguió disminuyendo respecto del año anterior.

El empleo en el sector extractivo creció por el aumento en la rama agrícola y minera. La rama minera sigue presentando la mayor incidencia en el empleo con un incremento de 21.4 por ciento en el número de trabajadores, debido a los mayores precios de los metales, lo cual responde a la mayor demanda mundial. En la actividad agrícola, el incremento del empleo fue de 9.4 por ciento, sustentado en los productos agroindustriales y de exportación (espárragos, uva, alcachofa).

**Perú: Variación anual del empleo
Diciembre del 2004 (1)**

Ámbito / Sectores	Variación anual (2)	Participación promedio (3) (%)
Perú urbano	3.6	100
Extractivo	12.6	5.9
Industrial	3.8	31.5
Electricidad, gas y agua	-2.0	2.1
Comercio	0.8	16.1
Transportes y comunicaciones	1.3	8.8
Servicios	3.3	35.6
Lima Metropolitana	3.0	100
Extractivo	6.2	2.4
Industrial	3.5	31.7
Electricidad, gas y agua	-3.2	1.1
Comercio	1.6	17.9
Transportes y comunicaciones	0.8	9.1
Servicios	3.7	37.8
Resto urbano	4.8	100.0
Extractivo	14.1	17.1
Industrial	4.5	30.7
Electricidad, gas y agua	-1.4	5.3
Comercio	-3.5	10.8
Transportes y comunicaciones	3.3	7.5
Servicios	2.5	28.6

Fuente MTPE-DNEFP Encuesta Nacional de Variación Mensual del Empleo

Elaboración: MTPE-Programa de Estadísticas y Estudios Laborales.

(1) La información corresponde al primer día de cada mes.

(2) Variación del mes de estudio respecto del mismo mes del año anterior

(3) Distribución promedio de los doce meses (enero-diciembre 2003).

b) Creció el empleo formal y disminuyó el empleo informal.

En Lima Metropolitana, se observa que el empleo que crece en el 2003 respecto al mismo período del 2002 es el empleo formal. Así, la ocupación en el sector formal pasa de 38.4 por ciento a 39.5 por ciento mientras que el empleo informal retrocede de 61.6 por ciento a 60.5 por ciento. En el sector privado, en particular destaca el crecimiento del empleo formal en las empresas medianas y grandes que pasa de 13.2 por ciento a 15.4 por ciento.

Lima Metropolitana: Distribución de los ocupados según segmento formal o informal, 2002-2003 (en porcentajes)

	2000	2001	2002	2003
SECTOR FORMAL (1)	37.4	36.4	38.4	39.5
Sector público	8.6	9.6	9.0	7.8
Sector privado	28.8	26.8	29.4	28.2
Pequeña empresa	10.0	9.2	13.0	12.8
Mediana y grande	14.9	13.7	13.2	15.4
Independiente profesional	3.9	3.9	3.3	3.5
SECTOR INFORMAL (2)	62.6	63.6	61.6	60.5
Micro empresa	20.7	22.4	18.7	20.1
Independiente no profesional	30.4	28.8	31.5	30.4
Trab. Familiar no remunerado	5.6	5.3	5.0	3.8
Resto (3)	5.8	7.1	6.5	6.1
Total	100.0	100.0	100.0	100.0

Fuente: Convenio MTPE-INEI, Encuesta Nacional de Hogares III Trimestre, 2000 y 2001

MTPE, Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo 2002 y 2003

Elaboración: MTPE-Programa de Estadísticas y Estudios Laborales

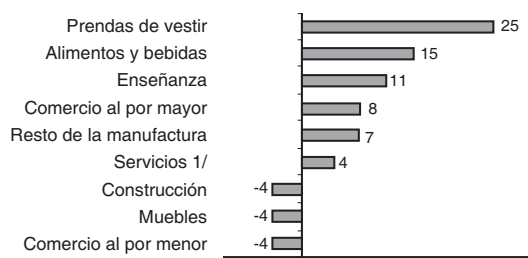
- Notas:
- (1) Comprende al sector público, la pequeña empresa de 10 a 49 trabajadores, la mediana, la gran empresa privada de 50 y más trabajadores y los independientes profesionales
 - (2) Comprende a la microempresa (de 2 a 9 trabajadores), al independiente no profesional al trabajador familiar no remunerado y al resto (práctica preprofesional, contrato de aprendizaje, convenio de formación laboral juvenil y otros).
 - (3) Trabajadores del hogar en su mayoría y otros.

Este indicador es relevante toda vez que lo que precisamente se busca con un incremento en el PBI es el crecimiento del empleo formal, de buena calidad. En tal sentido, la sentencia del TC tampoco habría influido de manera negativa en este indicador. Sin embargo, es necesario advertir que si se compara con el año 1990 (año en que el porcentaje fue de 57%) el empleo informal (60.5%) sigue teniendo una presencia importante a pesar de su reducción global en años más recientes.

c) El empleo formal siguió creciendo en el 2004.

De otro lado, para el periodo acumulado enero-agosto del 2004, según la consultora APOYO, el empleo formal en Lima Metropolitana creció 3.5% respecto de similar periodo del 2003, mientras que el empleo informal solo creció 0.3%⁽¹⁰⁾. APOYO atribuye este indicador positivo a la recuperación económica, en particular a la continuidad en el crecimiento de la economía. La economía nacional viene creciendo sostenidamente desde el año 2001 a un ritmo promedio de 4 por ciento anual. Adicionalmente, destaca APOYO, que en el trimestre junio-agosto 2004, el empleo creció 4.5% respecto a similar periodo del año anterior, la tasa más alta de los últimos diecisiete meses.

Empleo en Lima Metropolitana por sectores en junio-agosto 2004 (var. % respecto de similar periodo del año anterior)



1/ Excluye enseñanza.

Fuente: INEI, APOYO Consultoría S.A.C.

Según dicha consultora, el empleo que está aumentando es el formal y en empresas de diez a más trabajadores; asimismo, la recuperación del empleo formal y permanente favorece a sectores como los seguros de salud o el sistema financiero y refleja que la recuperación del consumo puede ser duradera.

(10) APOYO CONSULTORÍA. *Recuperación del empleo y consumo de las familias en Lima Metropolitana*. Informe SAE del 1 de octubre de 2004.

d) El crecimiento del empleo es funcional al crecimiento del producto.

¿Cuánto incide el crecimiento del producto en el crecimiento del empleo? De la información disponible, es posible ver que la demanda de empleo por parte de las empresas privadas de más de diez trabajadores crece y es funcional al crecimiento del producto (PBI). Así, en los años de crecimiento débil del producto (años 98,99 y 2000) el empleo asalariado experimentó una reducción permanente (-2.6, -5.2 y -2.6). Pero desde la recuperación sostenida del PBI en el 2002, 2003 y 2004 (4.9%, 4.0% y 5% respectivamente) se ha conseguido aumentar la contratación de trabajadores a razón de un punto de crecimiento en el empleo por cada dos puntos en el PBI, aproximadamente.

¿Cómo explicar que ante un encarecimiento del despido (por la estabilidad absoluta impuesta por el TC) o una mayor rigidez en el marco institucional, no se afecte de modo relevante el crecimiento del empleo? Una posible explicación podría ser que el mercado laboral peruano, con una gran presencia aun de empleo informal, tiene sus propias particularidades que es necesario desentrañar.

Perú urbano: Variación acumulada del empleo en empresas de diez y más trabajadores y variación del PBI 1998-2004

Variación acumulada del empleo (1)		
Año	Perú Urbano	Variación del PBI
1998	-2.6	-0.6
1999	-5.2	0.9
2000	-2.6	2.8
2001	-1.1	0.3
2002	2.3	4.9
2003	1.8	4.0
2004	3.6	5.0

Fuente: MTPE - Encuesta Nacional de Variación de Empleo INEI - Información Económica e Informe Económico Diciembre 2003

Elaboración: MTPE - Programa de Estadística y Estudios Laborales

(1) Variación porcentual de diciembre de cada año respecto a diciembre del año anterior

Según refiere GRADE⁽¹¹⁾ los costos del despido constituyen un impuesto que las empresas deben de pagar al momento de separar a un trabajador. Como tal, a mayor costo (estabilidad absoluta o mayor indemnización por despido) se encarece también el costo del uso del factor trabajo y, por tanto, se contrata menos trabajadores formales y asimismo, se afecta el nivel de empleo de largo plazo. También se afecta la capacidad de ajuste del empleo a cambios en el producto y la velocidad de este ajuste.

Así, ante un mayor costo del despido y frente a aumentos en la demanda, el crecimiento del empleo es menor. Asimismo, frente a reducciones de la demanda, el empleo cae menos si el marco institucional es rígido⁽¹²⁾. Sin embargo, se admite para el caso peruano analizado, que esta velocidad de ajuste es mucho menor que la observada en países desarrollados.

Una posible explicación del incremento del empleo formal en el periodo post resolución del TC, estaría dada por este hecho, es decir, por las particularidades del mercado laboral peruano. En ese sentido, la evidencia empírica no permitiría mostrar en el corto plazo y de manera absoluta -sino de manera indicaría- los efectos directos en el empleo de los cambios en el marco institucional dados con la sentencia del TC.

3.2. Evolución del registro de contratos a plazo fijo 2001-2004

Como regla general, nuestro sistema jurídico contempla un sistema de contratación directa (relación directa entre trabajador y empleador) e indirecta (relación con el trabajador por medio de un tercero). En virtud de la relación directa, pueden constituirse relaciones jurídicas que generen efectos laborales (contratos de trabajo) y no laborales (convenios de formación y capacitación laboral). Por medio del segundo sistema, el empleador se vale de los mecanismos de intermediación laboral (empresas de servicios especiales y cooperativas de trabajo). Los contratos de trabajo a su vez pueden ser de tres tipos: a) a plazo indeterminado, b) a plazo fijo o sujeto a modalidad; y, c) a tiempo parcial.

(11) SAAVEDRA CHANDUVI, Jaime y Eduardo MARUYAMA SASAKI. *Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos del despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano*. Lima: GRADE. p. 55.

(12) *Ibid.*; p. 20.

Los contratos a plazo indeterminado tienden a una mayor estabilidad en el empleo y son preferidos por el ordenamiento legal, por ello, se establece la presunción de que todo contrato laboral es por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario; es decir, los contratos se presumirán por tiempo indefinido pero las partes pueden pactar que sea determinado siempre y cuando recurran válidamente a una de las modalidades de contrato temporal admitidas legalmente. Pese a esta preferencia legal, el uso de los contratos permanentes se ha ido reduciendo en nuestro sistema laboral.

Los contratos a plazo fijo suelen ser los preferidos por los empleadores pues generan menos costos y facilitan la ruptura de la relación laboral permitiendo la adaptabilidad de la empresa a las condiciones del mercado. Como señala SAAVEDRA⁽¹³⁾, se considera que los contratos temporales han sido utilizados como una medida para reducir los costos del despido y la rigidez del mercado de trabajo, tales como los mecanismos indemnizatorios o la estabilidad laboral. Ello significaría afirmar que a mayor rigidez laboral mayor utilización de estos contratos y a menor rigidez menor uso de estos contratos.

Sin embargo, como se comprueba en el mismo estudio de GRADE, el uso de los contratos temporales se expandió de manera sostenida a pesar de la reducción de los costos del despido de los trabajadores permanentes. Incluso se llega a afirmar que analizando cifras absolutas, casi todo el crecimiento del empleo formal observado en el periodo 1993-1997, se ha dado utilizando los contratos temporales⁽¹⁴⁾.

Para efectos de nuestra investigación, es pertinente analizar si una mayor rigidez en el despido a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional (estabilidad absoluta) ha originado un mayor uso de los contratos temporales. Para tal efecto nos remitimos a las cifras del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

De acuerdo a la información del MTPE⁽¹⁵⁾, el número de contratos a plazo fijo registrados según

las modalidades de contratación más usadas (temporal, accidental, obra o servicio determinado), creció 4.1% durante todo el año 2003. Este crecimiento es notoriamente inferior respecto al crecimiento observado en el 2002 que había registrado un incremento de 23%.

Contratos de trabajo sujetos a modalidad (Enero 2001-Abril 2004)

Años	Temporal	Accidental	Obra o Servicio	Total
2001	408,778	3,959	232,554	645,291
2002	519,102	5,489	268,844	793,435
2003	556,450	6,018	263,788	826,256
2004	241,635	2,570	118,872	363,077 ^(*)

(*) Enero-abril

Fuente: MTPE- Direcciones Regionales de Trabajo, Oficina de Estadística e Informática

Así, respecto del 2001, el año 2002 generó 148,144 nuevos contratos temporales; mientras que respecto del año 2002 (año de la sentencia del TC), el año 2003 generó solo 32,821 nuevos contratos temporales. Contrariamente a un mayor uso de los contratos temporales por una mayor rigidez en el despido, su mayor uso y crecimiento se desaceleró en el 2003. Sin embargo, las cifras del año 2004 (primeros cuatro meses) indican que dicha tendencia podría revertirse pues su uso ha crecido en 18.7% respecto de los primeros cuatro meses del año 2003.

Por tanto, no se puede inferir que las sentencias del TC motivaron que las empresas contraten más personal mediante contratos de trabajo a plazo fijo.

3.3. Tasas de desempleo abierto urbano en el Perú (OIT) 2002-2004

Otro indicador que nos permite evaluar de manera indirecta un posible efecto negativo de las sentencias del TC en el periodo analizado sobre el empleo, son las cifras referidas al desempleo abierto. Para tal efecto hemos acudido a la información más actual difundida por la OIT.

(13) *Ibid.*; p. 24.

(14) *Ibid.*; p. 27.

(15) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Contratos de mano de obra nacional presentados por modalidad: enero 2001- abril 2004*. Encuesta Nacional de Variación Mensual de Empleo. Lima, mayo de 2004.

Tasa de desempleo abierto urbano en América Latina (%)

	AÑO 2002					AÑO 2003					AÑO 2004	
	1° Trimestre	2° Trimestre	3° Trimestre	4° Trimestre	Anual	1° Trimestre	2° Trimestre	3° Trimestre	4° Trimestre	Anual	1° Trimestre	2° Trimestre
TOTAL PAÍSES	9.2	9.3	9.0	8.3	9.0	11.3	11.4	11.4	10.4	11.1	11.0	10.8
PERÚ	10.6	9.9	8.5	8.7	9.6	10.0	9.3	9.0	9.4	9.4	10.6	9.5

Total de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Perú, Uruguay y Venezuela Promedio Ponderado. Los países seleccionados representan el 89% de la PEA Urbana Regional

Para el caso del Perú representan cifras de Lima Metropolitana

El resaltado en amarillo corresponde al período en el cual se produjo la sentencia del Tribunal Constitucional

Fuente: Elaboración OIT con base a las Encuestas de Hogares de los Países

Oficina Internacional del Trabajo, Avance Panorama Laboral 2004. Primer Semestre. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

Según estas cifras, la tasa de desempleo abierto urbano se redujo de 9.6% acumulado para el año 2002 a 9.4% al cierre del año 2003. Si se observa la evolución trimestral tampoco hay cambios significativos que puedan indicarnos un efecto importante de la sentencia del TC sobre un incremento del desempleo abierto, salvo el hecho que el desempleo abierto pasó de 8.5% en el tercer trimestre del 2002 (fecha de la sentencia TC) a 10% en el primer trimestre del 2003; no obstante, luego la cifra se estabiliza. En suma, el nivel de desempleo abierto luego de las sentencias del TC no ha tenido una modificación relevante, encontrándose sujeto a los estándares habituales.

3.4. Evolución del número de trabajadores dependientes a nivel nacional (SUNAT) 2003-2004

Otro indicador relevante que hemos evaluado se refiere al número de trabajadores dependientes a nivel nacional, según los registros de la administración tributaria. Según estos datos, el número de trabajadores dependientes acumulados al cierre del 2002 ascendió a 1'613,000, para el año 2003 se elevó a 1'689,000 y a diciembre del 2004 subió a 1'832,000, lo cual significa que la cifra de trabajadores dependientes también tuvo un leve incremento.

Número de trabajadores dependientes según SUNAT a nivel nacional

Año	Trabajadores dependientes
2002	1'614,000
2003	1'689,000
2004	1'832,000

Información corresponde a declaraciones presentadas por los empleadores a ESSALUD y ONP.

Como trabajadores dependientes se incluye a las personas naturales afectas al pago del IR de Quinta Categoría.

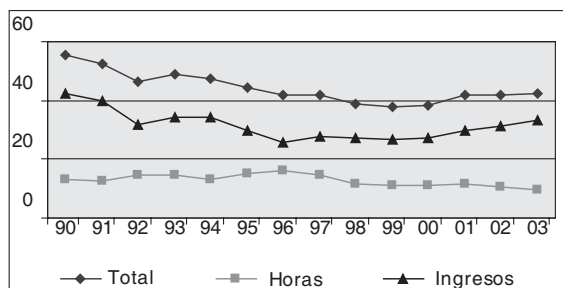
Fuente: Sunat

3.5. Tasas de subempleo de Lima Metropolitana (MTPE-INEI-ENAHO)

De acuerdo a los indicadores del MTPE, el INEI y la ENAHO, en general la tasa de subempleo⁽¹⁶⁾ en Lima Metropolitana no creció significativamente el año 2003 respecto del año 2002 mientras que el subempleo por horas bajó ligeramente entre el 2002 y 2003, pero el desempleo por ingresos creció. Entre estas dos formas de subempleo, la que ha predominado entre 1990 y 2003 fue el subempleo por ingresos, que caracteriza la pobreza en el mercado de trabajo.

(16) En las estadísticas oficiales, los trabajadores que se encuentran en situación de subempleo son aquellos cuya ocupación no es adecuada en términos de horas trabajadas (menos de 35 horas, buscando más) o de ingresos (que refleja pobreza entre los trabajadores), buscando que estas definiciones estadísticas sigan las orientaciones internacionales que permitan comparaciones entre diversos países.

Lima Metropolitana: Tasas de subempleo, 1990-2003 (porcentajes)



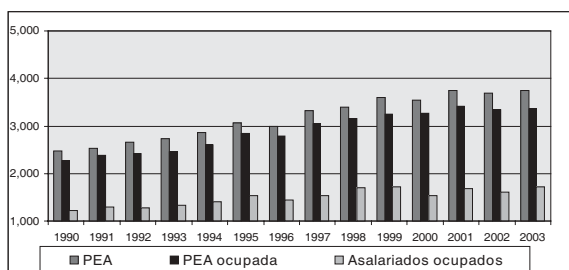
Fuente: MTPE-INEI. ENAHO. Elaboración: Marta Tostes

Se observa que, luego del fallo del TC, hay un ligero incremento del subempleo por ingresos; sin embargo, este leve crecimiento no significa un efecto importante de la sentencia del TC sobre el crecimiento del subempleo.

3.6. Evolución de la Población Económicamente Activa (PEA), PEA ocupada y los asalariados ocupados (MTPE-INEI-ENAHO)

Tampoco se observa un efecto importante en relación a la PEA ocupada y los salarios ocupados que se mantienen relativamente constante, sin “picos” drásticos de crecimiento respecto de años anteriores.

Lima Metropolitana: Evolución de la PEA total, de la PEA ocupada y de los asalariados ocupados, 1990-2003 (Miles de personas)



Fuente: MTPE-INEI. ENAHO. Elaboración: Marta Tostes

Es más, los asalariados ocupados han crecido respecto del año 2002, mientras que la PEA ocupada se mantiene estable frente a un ligero crecimiento de la PEA.

3.7. Variación de la duración promedio de los Empleos Privados

En este cuadro podemos apreciar que desde 1996, el tiempo promedio de permanencia de un

trabajador en un empleo (índice de rotación laboral) es de 4 años, cifra que no ha cambiado hasta el año 2003. Este indicador también nos permite afirmar que la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de septiembre de 2002 no afectó considerablemente estos niveles estadísticos.

Lima Metropolitana: Duración media de los empleos privados

Años	Duración media de los empleos (en años)
1986	8
1991	6
1996	4
2000	4
2001	4
2002	4
2003	4

FUENTE: MTPE Encuesta de Niveles de Empleo 1986 y 1991
Convenio MTPE-INEI, Encuesta Nacional de Hogares III Trimestre, 1996-2001

MTPE, Encuesta de Hogares Especializados en Niveles de Empleo, 2002 y 2003

3.8. Asalariados del sector privado, según tipo y tamaño de empresa (MTPE)

Del análisis de este cuadro se desprende que, según información del MTPE, del año 2000 al 2003 en Lima Metropolitana:

- a) Aumentaron los contratos de trabajo a tiempo indefinido en 0.9%
- b) Aumentó en 0.45% el porcentaje de servicios profesionales
- c) Disminuyó en 2.4% el porcentaje de trabajadores sin contrato en Lima Metropolitana.

Todo ello nos lleva a considerar que en estos indicadores tampoco se produjeron efectos negativos a partir de la sentencia del TC.

Lima Metropolitana: Asalariados del sector privado según tipo y tamaño de empresa, 2000, 2003 (en porcentajes)

Tipo de Contrato	Micro-empresa	Pequeña Empresa	Mediana y Grande	Total
2000				
Indefinido Honorarios	7.75	18.77	40.11	22.17
Profesionales Sin Contrato	3.17	6.05	6.64	5.12
	87.72	55.57	17.28	54.41
2003				
Indefinido Honorarios	5.59	19.82	43.40	23.07
Profesionales Sin Contrato	2.85	11.83	3.23	5.57
	87.38	47.23	20.13	52.01

Fuente: Convenio MTPE-INEI Encuesta Nacional de Hogares 2000 III Trimestre
MTPE, Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo, 2003

3.9. Encuestas de percepción sobre el mercado laboral

Para el año 2004 y siguientes, las expectativas empresariales respecto del empleo y de la realidad laboral al interior de las empresas peruanas son más positivas respecto del año 2003, según indica la VI Encuesta Anual a Líderes Empresariales (175 presidentes de directorio) realizado por la Universidad de Lima entre septiembre y octubre del 2004 sobre un universo de mil empresas de mayor facturación durante el año 2003.

Ante la pregunta referida al número de trabajadores que tiene el 2004, un 45.1% de empresarios manifestó que tiene un número mayor de trabajadores en su empresa respecto del año 2003, un 34.9% respondió igual y un 18.9% por ciento menor. Ese mismo indicador para el año 2003 respecto del año 2002 arrojó un 29.4% con la respuesta "mayor", un 34% con la respuesta "igual" y un 25.9% para la respuesta "menor".

Número de trabajadores en su empresa respecto del año pasado

	2002	2003	2004	Diferencia 2003-2004
Mayor	16.4	29.4	45.1	+ 15.7
Igual	42.5	43.5	34.9	- 8.6
Menor	41.1	25.9	18.9	- 7.0
No Contesta	0	1.2	1.1	- 0.1

Fuente: Barómetro de la Universidad de Lima - 2004 Pregunta Número 27

Ello evidencia que, respecto a la realidad manifestada por este grupo de empresarios, las decisiones del TC tampoco afectaron la nueva contratación de trabajadores en las empresas del Perú.

De otro lado, respecto a la percepción acerca de cuáles son los mayores impuestos, contribuciones y sobrecostos laborales que más afectan la economía de sus empresas, el sector empresarial identifica principalmente a los temas tributarios (mayor impuesto a la renta empresarial y el Impuesto a las Transacciones Financieras) como los de mayor afectación mientras que el costo laboral que mayor los afecta es la gratificación aunque con un puntaje mucho menor respecto de los dos primeros.

Impuestos, contribuciones y sobrecostos laborales que más afectan a su empresa (en porcentajes)

	Año 2004
Impuesto a la Renta Empresarial (Tercera Categoría)	34.9
Impuesto a las Transacciones Financieras (ITF)	28.0
Gratificaciones	7.4
Impuesto Extraordinario de Solidaridad	6.9
Tributos Municipales	4.0
CTS	3.4
ESSALUD	2.3
Seguros Obligatorios	2.3
AFP	1.1
Otros	5.7
No contesta	4.0
	100

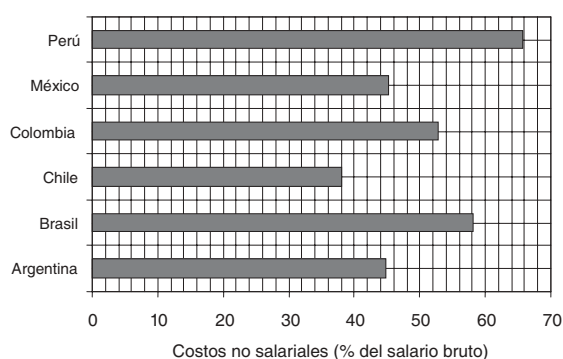
Fuente: Barómetro de la Universidad de Lima-2004 Pregunta Número 24

Nótese que, dentro de los temas indicados, no aparece el despido laboral, las limitaciones en los procesos de término de la relación laboral, etcétera.

3.10. La elevación de los costos del despido

Nuestro país tiene un alto costo laboral en comparación con otros países de la región, ello se puede apreciar en un estudio realizado por investigadores de la OIT.

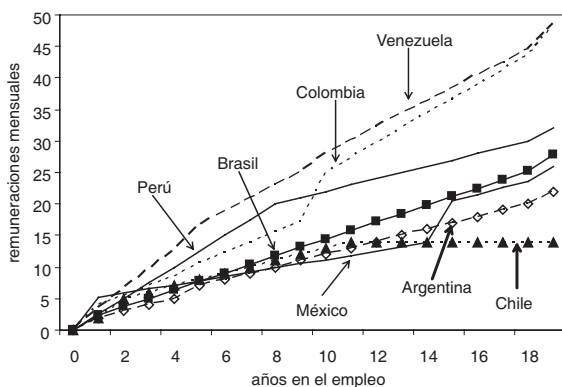
Costos no salariales en la manufactura en América Latina, 1998



Fuente: Tokman y Martínez

Por otro lado, los costos de protección del empleo, que incluyen a la indemnización por despido, también son altos en la región, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Costos de la protección del empleo en América Latina (2003)



(Fuente: Jaramillo y Saavedra)

Lo más probable es que luego de las sentencias del TC en materia de despido y teniendo en cuenta que la reposición es la forma más radical de protección laboral, el Perú sería hoy el país de mayor costo de protección en el empleo en América Latina, en función a la legislación comparada, en particular luego de las sentencias del TC.

En efecto, la acumulación de gratificaciones (dos remuneraciones), CTS (1.17 remuneraciones por año, 9.72 % mensual), asignación familiar (S/.46.00 mensuales), vacaciones (30 días desde el primer año), aportes a ESSALUD (9 por ciento), seguro de vida legal (entre 0.53 por ciento y 0.71%), Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (porcentaje variable, aplicable a actividades riesgosas), Contribución al SENATI (0.7%, para empresas industriales), utilidades laborales (distribución entre 5-10% de la renta neta anual antes de impuestos) e indemnización por despido arbitrario (1.5 remuneraciones por año, con tope de 12), convierten al Perú en uno de los países con mayor costo laboral. Ahora, si agregamos a esta estructura la reposición en el empleo ante un despido como ha resuelto el TC, el costo laboral peruano se convertiría en el primero de toda América.

4. Impacto de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos laborales y en la gestión de recursos humanos

Si bien hasta aquí pudimos apreciar que las resoluciones del TC, a pesar de enfatizar el carácter protector frente al despido, no causaron mayor impacto negativo en los indicadores económicos "macro" de empleo, en esta parte y tomando en cuenta indicadores judiciales y de nuestra práctica profesional⁽¹⁷⁾, vamos a analizar la influencia de dichas resoluciones a nivel "micro".

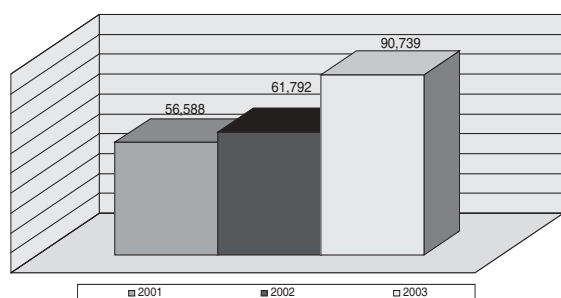
4.1. Los procesos judiciales en materia laboral

Un indicador que nos permitirá evaluar el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el mercado de trabajo es la conflictividad en materia laboral. Las estadísticas oficiales del Poder Judicial nos permiten apreciar que en el período 2001-2002 los procesos judiciales en materia laboral aumentaron en un 9.2% mientras que en el período

(17) Los datos que aquí se proporcionan son indiciarios y son producto de la observación diaria que la práctica profesional proporciona a los autores de la presente investigación.

2002-2003, cuando se emitieron las sentencias del TC sobre despido, la conflictividad laboral aumentó en un 46.8%. En el siguiente cuadro podemos apreciar que, a partir del año 2002, existió un notorio crecimiento estadístico en el ingreso de demandas a los juzgados laborales a nivel nacional en el lapso posterior a la emisión de las sentencias del Tribunal Constitucional. Esto podría explicarse en parte a la variación de la percepción del trabajador sobre una mayor protección judicial de sus derechos laborales a partir de los pronunciamientos del TC y también de la actuación del Congreso de la República.

Procesos laborales a nivel nacional



Fuente: Poder Judicial. Elaboración propia

4.2. La gestión de recursos humanos

En nuestra labor profesional podemos percibir que, a pesar de no existir condicionantes económicos que afecten el mercado de trabajo a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional, actualmente los empleadores nacionales actúan con más cautela en los procedimientos de contratación, negociación y despido en las empresas, verificándose algunas variaciones sustanciales en estos. Los principales cambios advertidos son los siguientes:

- a. En los procesos de contratación de personal:
- a.1 Se suele pactar la ampliación del período de prueba de los nuevos trabajadores (de 3 a 6 meses como regla), con el fin de facilitar el despido de los mismos antes que sea aplicable la protección posterior a dicho periodo.
- a.2. Se aumenta el número de trabajadores de dirección y de confianza con el fin de hacer menos gravoso el despido de estos por su configuración y no pagarles horas extras ni otros beneficios

laborales, dada la especial naturaleza de dichos trabajadores.

a.3. Hay una mayor incidencia en la contratación laboral a plazo fijo (contrato sujeto a modalidad) y a tiempo parcial (cuatro o menos horas al día), en la suscripción de convenios no laborales (prácticas preprofesionales, formación laboral juvenil) e inclusive contratos de locación de servicios con el fin de evitar la contratación laboral a tiempo indefinido.

a.4. Preferencia de la intermediación laboral (destaque de personal a través de *services* y cooperativas de trabajadores) y el *outsourcing* (descentralización productiva) para prescindir de la contratación laboral directa.

a.5. Inclusión de políticas y perfil del trabajador en la evaluación respecto de la tipificación de las faltas graves laborales.

b. Durante el desarrollo de la relación laboral:

b.1. Implementación de procesos de control de personal y documentación de las faltas laborales a través de memorándums, con el fin de llevar un registro de las actividades y la conducta de cada trabajador.

b.2. Mayor seguimiento de los contratos de trabajo: plazo de vigencia, períodos de prueba, *services*, etcétera. para evitar la configuración de relaciones laborales o de contratos de trabajo indeterminados por la aplicación del principio laboral de primacía de la realidad o la mera extensión del plazo.

b.3. Hay más cautela en la imputación de faltas graves al trabajador, minuciosa investigación previa a dicha imputación para evitar acusaciones falsas que impliquen la vulneración de derechos.

b.4. Difusión de los procedimientos y la configuración de las faltas graves laborales dirigida al personal de dirección y los trabajadores.

c. Al término de la relación laboral:

c.1. Mayor cautela en la implementación de despidos individuales, aplicación de criterios de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación, necesidad y oportunidad.

c.2. Respeto del procedimiento establecido por ley, adecuada tipificación de la falta grave y trámite legal para la extinción de la relación laboral.

c.3. Empleo de las formas de cese colectivo por causas objetivas (económico, estructural, análogo) con las limitaciones establecidas en la legislación laboral que establece que este solo puede aplicarse

como mínimo al 10%o del total de trabajadores⁽¹⁸⁾.
 c.4. Utilización de la extinción del contrato de trabajo negociada y sin coacción: inclusive con extensión de la protección al cobro de la indemnización y los beneficios sociales, a beneficios convencionales adicionales tales como mayor paquete de indemnizaciones, extensión de seguros médicos o de vida, servicio de *outplacement*, planes de pre jubilación, etcétera.

En consecuencia, si bien las resoluciones del TC sobre empleo no causaron -a corto plazo- un impacto negativo en las cifras de empleo en el Perú, sí se apreciaron cambios relevantes en la gestión de recursos humanos de las empresas nacionales y en la tramitación de procesos judiciales en la administración de justicia estatal.

Entonces, cabe preguntarnos: ¿por qué las sentencias del Tribunal Constitucional no tuvieron mayor efecto a un nivel “macro” y sí mostraron su influencia en el nivel “micro”, como hemos visto a nivel del ámbito judicial y de gestión de recursos humanos? Intentaremos arribar a una respuesta más adelante.

4.3. Percepción sobre el incremento o reducción de la asesoría laboral en el mercado legal

Como parte de esta investigación y a fin de tener en cuenta la percepción sobre el desempeño de la asesoría o litigio laboral en el país, se encuestó a un grupo representativo de abogados especialistas en Derecho del Trabajo que ejercen su profesión en Lima⁽¹⁹⁾.

El objetivo de la encuesta fue analizar si en la percepción de los encuestados, los periodos de

mayor regulación o de mayor protección laboral (1979-1991 y 2001-2004) coinciden con los ciclos de mayor consulta laboral y, de otro lado, saber el nivel de crecimiento de la asesoría, consultoría y litigios laborales del actual periodo (marcado por una tendencia a una mayor protección) respecto del periodo precedente (mayor flexibilización). Veamos.

Según su percepción, ¿en qué periodo se produjo el mayor número de consultas, asesorías y/o litigios en materia laboral en nuestro país?

	Porcentaje
Desde 1979, con la promulgación de la Constitución Política que establecía la estabilidad absoluta, hasta 1991.	44.22%
Desde 1991, con el inicio de la Reforma Laboral del gobierno de Fujimori y la flexibilización del Derecho del Trabajo en el Perú, hasta el 2001.	22.22%
Desde el 2001, con el Gobierno de Transición, la elección del presidente Toledo y las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia laboral, hasta la actualidad.	22.22%
En los tres periodos	11.22%

De otro lado, se buscó medir de manera indiciaria si se ha incrementado en el periodo 2001-2004 el nivel de consultas, asesorías o litigios laborales respecto del periodo 1991-2001.

(18) Desde hace varios años, las leyes laborales prevén que una empresa puede reducir personal por razones económicas, estructurales o tecnológicas (cese colectivo o por causas objetivas) siempre que comprenda un mínimo del 10% de su personal, de tal manera que si se afecta a menos del 10% no es posible acudir a este procedimiento de reducción de personal. En el Derecho Comparado y los Convenios Internacionales de la OIT, la reducción de personal por causas objetivas procede sin que se exija un mínimo de personal afectado (puede comprender a un solo trabajador). Lo relevante, es demostrar la causa que justifique el término del contrato.

Ante lo expresado, el despido directo no es una salida pues exige el pago de la indemnización por despido arbitrario pero, lo más importante: como el TC ha indicado que los despidos sin causa -como es este caso- son actos inconstitucionales, el trabajador tiene derecho a una reposición. Entonces, un trabajador puede rechazar la indemnización y exigir su reposición al centro de trabajo (con el actual Código Procesal Constitucional, las acciones de amparo por reposición son también viables tal como hemos visto).

Al no ser posible el despido, se tendrá que negociar con el personal el término del contrato de trabajo, evaluar procesos de reorganización interna y reubicación del trabajador, acordar modificación de sueldos y jornadas, etc. Empero, estas medidas pueden no ser suficientes y tampoco es una opción incrementar el número de trabajadores hasta llegar al 10% (el riesgo es que no se apruebe la solicitud). Lo único que quedaría, sería convivir con el personal o liquidar la empresa.

(19) La encuesta, aplicada entre los meses de julio y setiembre de 2004, buscó determinar en qué lapso, según la experiencia personal y percepción del abogado, se produjeron más consultas, asesorías y/o litigios en materia laboral. Es necesario resaltar que la encuesta de percepción se aplicó a una muestra relativamente representativa de abogados, pero que es representativa de los principales estudios jurídicos del medio, tanto de asesoría empresarial como sindical.

Al respecto, los resultados fueron:

Podría establecer un parámetro de comparación porcentual de crecimiento de asesorías, consultorías y/o litigios laborales entre el periodo 2001-2004 respecto del periodo 1991-2001

	Porcentaje
Entre 30 a 40%	44.2%
Entre 15 a 20%	22.2%
En 50%	11.2%
No creció	11.2%
No saben	11.2%

Asimismo, se indagó acerca de los factores que este grupo de abogados atribuyen al incremento de las asesorías y consultorías laborales del periodo 2001-2004. Al respecto, entre los factores señalados aparecen:

- a) Existe más competencia en el mercado y mayor preocupación por operar en la formalidad, así como de optimizar recursos y la gestión de sus recursos humanos.
- b) La promulgación de nuevas normas laborales (intermediación, formación laboral, *tickets* alimenticios, hostigamiento sexual) y las sentencias del Tribunal Constitucional (estabilidad laboral, reducción de remuneraciones).
- c) Retorno a la rigidez en materia de estabilidad laboral, como consecuencia de las sentencias del TC.
- d) Existe una relación directamente proporcional en la ecuación mayor protección y mayor conflictividad laboral.
- e) Las empresas están más expuestas a fiscalizaciones y sanciones de parte de las autoridades administrativas.
- f) Los pronunciamientos del TC en general.

En conclusión, la percepción mayoritaria es que la mayor regulación o rigidez laboral se refleja en un mayor nivel de consultas y en un mayor número de conflictos laborales. Ello se puede constatar tanto en los periodos 1979-1991 y 2001-2004.

De otro lado, respecto de este último periodo, la percepción es que el número de consultas se incrementa (en promedio 30%-35%) pero que no representa un giro radical frente al periodo precedente. No obstante, se señala a las sentencias del TC como uno de los factores de este mayor nivel de consultas o de preocupación de cumplir con la normativa laboral.

4.4. Aplicación de doctrinas económicas en la comprensión del problema

Desde la perspectiva del pensamiento económico liberal, la sobre regulación estatal, sea a través de normas imperativas o de resoluciones judiciales, tiene un efecto negativo sobre la eficiencia del mercado. Se dice que cuanto más libertad exista en un mercado, este será más eficiente y más competitivo; por tanto, una legislación laboral sobre protectora convertirá al mercado de trabajo en ineficiente.

Con la reforma laboral de la década del 90 en nuestro país existió una mayor libertad en la contratación laboral y en el mercado de trabajo en general a partir del fenómeno flexibilizador, pero ¿podemos asegurar que el mercado se hizo más eficiente?, nosotros sostenemos que no necesariamente esta conclusión merece una respuesta positiva, lo que la doctrina laboral concuerda es que en dicho lapso se produjo una precarización del mercado de trabajo nacional.

Si quisiéramos establecer una tendencia en estas zonas grises de la regulación laboral, hay una bien marcada: la mayor protección laboral a los trabajadores.

Estamos, ya en el plano general -tanto en este supuesto como el anterior- ante una tendencia a favor de brindar una mayor protección laboral a través de la actuación administrativa. Si apreciamos en conjunto la regulación de quienes resuelven los conflictos laborales, la actuación del TC completa el panorama a nivel individual, siempre a favor de una mayor protección laboral. En la misma línea, se aprecia a nivel de la legislación, una marcada orientación hacia la protección laboral en la regulación de los despidos nulos en el proyecto de LGT.

En estos últimos años, con las sentencias del TC nos encontramos ante un régimen de mayor protección laboral pero, no obstante ello, los indicadores macro que presentamos en los acápites anteriores nos demuestran que el mercado de trabajo no se afectó de modo relevante. Entonces surge la pregunta: ¿qué pasó? Consideramos que en este punto el análisis económico del Derecho del Trabajo puede ayudarnos a comprender el fenómeno, sin perjuicio de señalar que esta es una explicación indiciaría, dada la característica del presente trabajo.

La fórmula normativa del Teorema de Coase, que constituye la esencia del Análisis Económico del Derecho, sostiene que "debe estructurarse la

ley de tal modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados⁽²⁰⁾. Si bien existe el llamado “Principio de Irrenunciabilidad de derechos” en el Derecho Laboral, el objetivo de este es hacer menos notoria la desigualdad que sustenta la relación de trabajo -empleador/trabajador-, instituyendo un punto de partida -o un piso mínimo- para la negociación posterior. Una vez establecidas las reglas de negociación y los derechos irrenunciables, el trabajador se encuentra en condición de negociar con su empleador mayores y mejores beneficios. Así, resulta necesaria una regulación que procure la eficiencia del mercado de trabajo.

Las sentencias del TC no ocasionaron una mayor variación en las cifras macroeconómicas del empleo en el Perú pero sí afectaron la consideración subjetiva de los trabajadores, los operadores del derecho -jueces y abogados- y los empresarios nacionales sobre una mayor rigidez del mercado de trabajo, adoptando una posición de mayor nivel de conflictividad, una mayor -y más costosa- protección del trabajador y más impedimentos para acceder a un puesto de trabajo por medio de una selección más estricta y minuciosa. Estos últimos aspectos forman parte de la configuración del mercado de trabajo como fenómeno social y, por tanto, de la verificación de la realidad diaria podemos deducir que la regulación laboral más protectora está haciendo menos eficiente el mercado laboral en nuestro país.

En consecuencia, en una relación de trabajo con altos costos de transacción como el mercado de trabajo peruano (constitución de la empresa, pago de tributos, evaluaciones al postulante, registro de contratos, remuneraciones, asesorías laborales y demás beneficios que, como pudimos apreciar, hacen al costo laboral peruano uno de los más altos de Latinoamérica) y donde ambas partes se encuentran en posibilidad de negociar sobre la base de los derechos irrenunciables del trabajador, sí importa la solución legal que se adopte para conseguir la eficiencia de dicho mercado. Así, a partir del análisis de la oscilante experiencia de la legislación laboral peruana consideramos que debe hallarse el punto de equilibrio en la regulación estatal para conseguir la eficiencia de nuestro mercado de

trabajo. La Ley General del Trabajo podría ser un buen punto de partida, pero requiere un amplio nivel de consenso y el establecimiento de mecanismos que, por un lado, flexibilicen algunas instituciones del mercado de trabajo a fin de hacerlo más competitivo a la luz de la regulación de nuestros países vecinos (o de aquellos con quienes competimos por captar inversiones), pero que de otro lado, garanticen la seguridad y equilibrio del sistema laboral en su conjunto y seguridad en el trabajador de que dicha normativa se va a cumplir (flexiseguridad laboral).

La intervención del Estado en la regulación laboral es urgente por la tasa de crecimiento de la informalidad laboral, la globalización, los bajos índices de productividad, los niveles de incumplimiento laboral en el sector formal, etcétera.

Una regulación “flexisegura” puede ser tomada en cuenta en este proceso. La “flexiseguridad” importa que se introduzcan modificaciones que flexibilicen ciertos aspectos pero que se profundicen los niveles de protección laboral. Esta regulación “flexisegura” importaría un reenfoque en la manera de enfrentar las modificaciones laborales y podría servir para acercar a las partes laborales a través del diálogo social.

Así, la parte flexible podría centrarse en permitir ceses individuales por razones económicas, graduar algunos beneficios laborales -que, en Derecho Comparado son altos- para nuevos trabajadores, brindar una amnistía para la incorporación en planillas de informales y con costos laborales menores que progresivamente alcancen a los establecidos para toda relación de trabajo (que es la solución propuesta por el Estado para formalizar al sector público), etcétera.

Por su parte, los aspectos de protección pueden concentrarse en mejorar la cobertura geográfica de las fiscalizaciones laborales, reducir aportes tributarios cuando empresas contratan a plazo indeterminado y por tiempo completo, brindar ventajas en licitaciones del Estado a buenos empleadores, conceder ventajas a empresas que apuesten por productividad y capacitación laborales, fijar sistemas de protección social a trabajadores autónomos, etcétera.

(20) Teorema de Coase:

“Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte pues siempre las partes involucradas a través de transacciones en el mercado llegarán a la solución más eficiente”.

“Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para alcanzar la solución más eficiente”.

Se trata, en buena cuenta, de encontrar una regulación orientada hacia el equilibrio y equidad en las relaciones laborales (donde trabajadores, empleadores y Estado obtengan mayores ventajas que desventajas) pero, sobre la base de un previo proceso de estudios técnicos y objetivos del mercado laboral, que recoja experiencias de otros países, y el necesario diálogo social en el Consejo Nacional del Trabajo.

La “flexiseguridad” importa, en definitiva, una apuesta por una regulación normativa y una actuación administrativa diferentes a la visión tradicional: no la sola flexibilidad de los noventa ni tampoco la única regulación protectora.

5. Conclusiones

1. Las sentencias del TC en materia de empleo emitidas a partir de setiembre de 2002 -con las cuales no estamos de acuerdo desde una perspectiva jurídica- no han tenido en el periodo analizado (septiembre 2002 y primer trimestre del 2005), efectos significativos que puedan considerarse “de grave impacto negativo” en los principales indicadores “macro” de mercado de trabajo analizados (empleo informal, utilización de los contratos de trabajo a plazo fijo, número de trabajadores dependientes, subempleo, duración media de los empleos, entre otros).

2. Los resultados para los años 2003 y 2004, arrojan, en alguno de los indicadores analizados, lo contrario: el empleo formal se incrementó (1.8% en 2003 y 3.6% en 2004) mientras que la velocidad de crecimiento en el uso de los contratos a plazo fijo se redujo de 23% a 4.1%. Las sentencias del Tribunal Constitucional sobre reposición laboral tampoco han afectado la percepción de un sector importante de empresarios (los de mayor facturación) sobre el crecimiento del empleo en su empresa. Así, el 45% afirma tener hoy más trabajadores que el 2003 frente a un 29% que indicaba lo mismo el año 2003.

3. Si bien coincidimos de manera general con quienes sostienen que un encarecimiento de los costos del despido tienden a afectar el empleo formal y la velocidad de ajuste del empleo a las variaciones en el producto; en el caso del mercado laboral peruano puede encontrarse evidencias particulares y en algunos casos contradictorias como en el caso de la resolución del TC sobre reposición laboral. En tal sentido, se requiere efectuar mayores estudios

para explicar este fenómeno de manera concluyente y en periodos más largos que el analizado.

En esta investigación se ha demostrado que, tras más de dos años de producida la sentencia del TC, los indicadores de empleo evolucionaron favorablemente. Sin embargo, ello no nos puede llevar a afirmar que el efecto es nulo o que no se producirá ningún efecto a futuro.

4. Desde este punto de vista, el marco institucional *per se* parece no ser determinante para afectar el empleo formal a nivel macroeconómico, en particular cuando la economía crece a tasas razonables (4%) y los otros indicadores macroeconómicos (inflación, tipo de cambio, exportaciones, etcétera) se mantienen estables. En consecuencia, bajo ciertos supuestos, el marco institucional tendría un efecto residual y relativo sobre el empleo formal.

La evolución -positiva o negativa- del empleo formal se explicaría principalmente por el comportamiento de cuatro variables concurrentes: la oferta de empleo (la fuerza laboral), la demanda de empleo (las empresas), el marco institucional (normas e instituciones) y la tecnología. La dinámica del empleo no está influida o determinada necesariamente por uno de los factores sino por lo menos por la correlación y dinámica de los cuatro.

Sin embargo, consideramos que las variaciones relevantes en el Producto Bruto Interno (PBI) sí son determinantes para el crecimiento del empleo formal. A mayor crecimiento del producto, mayor incidencia determinante sobre la demanda de empleo y por tanto, mayor nivel de empleo formal. El marco institucional y la tecnología influyen en la velocidad de dicho crecimiento más no es determinante o único responsable de ese crecimiento.

Ello no obstante reconocer que ciertamente, sobre la estructura global de costos laborales, sí existe un impacto de las sentencias del TC, pues la reposición como garantía en el empleo convierte a nuestro país en uno que ocuparía el primer lugar en costos globales (incluye costos económicos y reposición en el empleo) en Latinoamérica.

5. A nivel de la gestión humana o lo que llamaríamos “indicadores micro” analizados, sí se aprecian cambios en las relaciones laborales que conducen a una mayor preocupación por la regulación -cualitativa y cuantitativa- de las condiciones laborales.

Las sentencias del TC han originado, en ese sentido, una mayor cautela de las empresas al

momento de la contratación, durante la ejecución del contrato así como en el término de las relaciones laborales. En efecto, las empresas vienen implementando procesos y sistemas de prevención, para evitar la situación de un trabajador demandando su reposición al amparo de los criterios del TC.

6. Finalmente, en este trabajo se ha encontrado diferencias en el impacto de la regulación laboral sobre los indicadores objetivos del mercado de trabajo frente al impacto de esta misma regulación en las percepciones de los

agentes del mercado (trabajadores, empleadores, abogados, etcétera.). Esta diferencia, hallada aún de manera indiciaria, debería ser materia de nuevas investigaciones que nos ayuden a profundizar en la materia.

Además de ello, sería necesario replantear el enfoque de una regulación laboral -entendida en su expresión más amplia, y que comprende a todos los poderes y actores que inciden en la regulación laboral-, y que tienda hacia propuestas intermedias, "flexiseguras" con base en el diálogo social. ¹²

ESTUDIO GHERSI

ABOGADOS