



# Tutela frente al despido: premisas jurídicas y ortodoxias narrativas

## Employment security: legal premises and narrative orthodoxies

Luis Mendoza Legoas\*  
Willman Meléndez Trigoso\*\*

### Resumen:

Los autores presentan un análisis lógico-jurídico sobre los principales argumentos contenidos en los discursos que se han dado en nuestro país a favor de la reforma del régimen de estabilidad laboral en sentido reductor. Así, comprendiendo al periodo que corre desde la publicación de las conocidas sentencias del Tribunal Constitucional sobre reposición laboral hasta el actual debate suscitado tras la aprobación unilateral de la Política Nacional de Productividad y Competitividad, en el texto se identifican agrupados los argumentos implícitos y explícitos que emprenden quienes proponen una revisión del régimen de protección contra el despido. Todo esto con el objeto de analizar el fundamento constitucional de tal argumentación, desde la tensión entre los principios de libertad de empresa y de estabilidad laboral.

### Abstract:

The authors present a logical-legal analysis of the main arguments contained in the allegations that have been exposed in Peru in favor of implementing the reform of the employment security regulation downwards. Thus, since the period from the publication of the known judgments of the Constitutional Court on reinstatement, until the current debate raised after the unilateral approval of the National Productivity and Competitiveness Policy, the essay identifies the implicit and explicit arguments of those who propose a review of the regime of protection against dismissal. All this with the purpose of analyzing the constitutional basis of such argumentation from the tension that exists between the principles of freedom of Enterprise and employment stability.

### Palabras clave:

Despido – Estabilidad laboral – Reposición – Indemnización – Reforma – Derechos fundamentales

### Keywords:

Dismissal – Employment stability – Replacement – Reinstatement – Compensation – Reform – Fundamental rights

### Sumario:

1. Constitución laboral: en la ley y en el discurso – 2. El despido en un encuadre desde las fuentes de derecho nacional e internacional: formas posibles de tutela – 3. ¿Libertad de empresa absoluta o relativa, con respecto al despido? – 4. Argumentos actuales contra la estabilidad laboral: Análisis dialéctico - 5. Colofón: ¿Y el deber de fomento de la negociación colectiva? La desaparición de la flexibilidad negociada en el discurso a favor de la revisión del régimen de estabilidad en el empleo – 6. Bibliografía

\* Abogado por la PUCP, Magíster en Relaciones Industriales y de Empleo por la Universidad de Turín y el Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo. Profesor del curso de Derecho Laboral Empresarial de la Maestría en Derecho de la Empresa de la PUCP y Director de la Revista Laborem (2019-2021). Contacto: lmendozaalgoas@pucp.pe

\*\* Abogado por la PUCP, con Segunda Especialidad y Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la misma casa de estudios. Con estudios de Doctorado en Derecho. Profesor del curso de Derecho Laboral Especial en la PUCP y de Derecho Laboral Empresarial de la Maestría en Derecho de la Empresa de la misma casa de estudios. Contacto: wmelendez@pucp.pe

## 1. Constitución laboral: en la ley y en el discurso.

Hoy quizá muchos lectores de medios masivos, especializados o no en el mundo laboral, podrían tender a interpretar que, en función de las ideas fuerza allí diseminadas, tenemos un régimen laboral *inflexible* y, dentro de él, que nos encontramos en un modelo tutelar peligrosamente cercano a un régimen de estabilidad laboral absoluta. Esta idea puede ser comprobada como una inferencia lógica cotidiana, al anunciarse de forma repetida que la protección contra el despido “se ha incrementado”, “o que se ha endurecido la aplicación de tal o cual forma de despedir”<sup>1</sup>.

Esta percepción, a pesar de ser conducida por una serie de mecanismos de difusión dispuestos concretamente para comunicar el alto riesgo social y económico que supone la protección frente al despido, prescinde de cualquier forma diálogo de pareceres discrepantes. Por ello, aprovechando la gentil invitación de la revista *Derecho & Sociedad*, deseamos proponer una reflexión de contraste, guiada desde premisas jurídicas. No es este el espacio —ni interesa a los autores de este ensayo— el esgrimir una argumentación desde ninguna ideología política contra tal discurso (cuya ortodoxia queda evidenciada por su marcado desinterés por las formas de diálogo social y, en concreto, su abierta oposición a la negociación colectiva). Tal tipo de debate debe producirse en espacios deliberativos distintos y por parte de actores distintos (verbigracia, el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo que agrupa a las organizaciones sindicales, gremios empresariales y funcionarios del gobierno del más alto nivel).

En cambio, en este artículo, incluido dentro de un número precisamente dedicado al Derecho del Trabajo, nos proponemos pasar revista por evidencia que este discurso ortodoxo pasa por alto y así buscamos ofrecer una explicación que, a nuestro juicio, debe ser satisfactoria para quien lea estas líneas desde una ideología jurídica en particular: aquella nutrida por la efectividad de la Constitución. Como se recuerda, la constitucionalización de todas las disciplinas del Derecho —anteriormente tenidas por “ramas” con mayor o menor autonomía según su nivel de desarrollo— tiene efectos hoy irreversibles respecto de la necesaria efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Ello nos lleva a construir nuestras observaciones y argumentaciones a partir de una idea fuerza que se impone con la introducción del Estado Constitucional de Derecho, abdicando como método único de razonamiento jurídico a la subsunción y sumando un asunto en clave cualitativa: la subordinación de las reglas a los principios y el entendimiento de estos como “mandatos de optimización”.

Así como ideas críticas nacidas de experiencias comparadas que incluso sitúan sus cercanías en terrenos dogmáticos como los antes descritos, tal como narra el profesor Baylos<sup>2</sup>: “Al coincidir la implantación del sistema democrático de relaciones laborales con la crisis económica de mediados de los años 70, y la consiguiente repercusión de la misma en las diferentes economías nacionales europeas en términos de destrucción de empleo, desde el inicio en el sistema español se produjo una relación de causa a efecto entre el sistema de garantías que preveía el derecho del trabajo y estos procesos de pérdida acelerada de puestos de trabajo. Se produce así la culpabilización del derecho del trabajo debido a los procesos de destrucción de empleo. Ciertamente que esta culpabilización se produce en un contexto de cambio de modelo político, en el que, por consiguiente, se puede teñir de “antiguo régimen”; es decir, de elementos propios de las situaciones de autoritarismo social que el franquismo consolidó”; reflejo este —aunque anacrónico en un

1 A modo referencial se ha dicho:

- “Creemos por tanto que el modelo de estabilidad laboral que nuestros jueces vienen aplicando no surge de la Constitución vigente sino del particular razonamiento de antiguos integrantes del TC, el cual no solo se aparta de los postulados básicos de la Constitución, sino que además contradice tratados internacionales ratificados por el Perú, aproximándonos así, cada vez más, a la estabilidad laboral absoluta que rigió durante el gobierno militar”. [Ferro, V. (2015, 09 de abril). “El discreto retorno a la estabilidad absoluta”. *El Comercio*]
- “Como se recordará, hacia mediados del año 2002 el TC fue pionero en retornar a la estabilidad laboral absoluta pues en un par de pronunciamientos muy conocidos estableció que los trabajadores podían escoger entre el pago de la indemnización legal por despido arbitrario prevista en la legislación vigente desde 1991 o su reposición. Luego, la CS no se quedó atrás y en el primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral llevado a cabo el 2012 ratificó la posibilidad de demandar la reposición.” [Puntriano, C. (2017, 02 de agosto). “(IN) Estabilidad laboral”. *Gestión*]
- “(...) no se aborda para nada el grave problema de la reposición judicial en el trabajo o estabilidad laboral absoluta -que inhibe la contratación formal indebida de trabajadores- y otras formas de rigidez laboral que nos han colocado entre los países con legislación laboral más rígida en el mundo, desanimando muchísima inversión que podría venir a generar empleo. [Althaus, J. (2019, 08 de julio). “La sociedad civil ha trabajado por gusto. El borrador del Plan Nacional de Competitividad casi no propone reformas laborales”. *Lampadial*]
- La “estabilidad laboral absoluta es incompatible con [el artículo 23 y 58 de la Constitución], ya que, al forzar la reposición en casos de despido arbitrario, desalienta la creación de puestos de trabajo. Como reconoce el régimen constitucional económico, esta deriva, necesariamente, de la libre iniciativa privada”. J. Sardón, voto singular emitido en la sentencia del TC recaída en el expediente 6590-2015-PA/TC (publicada el 02 de mayo de 2018).

2 Antonio Baylo, “Creación de Empleo, Mercado de Trabajo y Derecho del Trabajo: El caso español”, *Derecho & Sociedad*, N° 30 (2008): 28-29.

momento y por su cualidad cíclica actual a la realidad española— de los principales argumentos en que al día de hoy se debate en nuestra realidad nacional calificada de ortodoxa y que redundan en la llamada “culpabilización del derecho del trabajo”.

## 2. El despido en un encuadre desde las fuentes de derecho nacionales e internacionales: formas posibles de tutela.

Desde una entrada histórica, se ha anotado que el Derecho del Trabajo se construye de forma escalonada, conquistando progresivamente beneficios de forma acumulativa hacia el futuro. Así, la doctrina describe esta lógica evolutiva en los estados de prohibición, tolerancia y reconocimiento que ha afrontado la disciplina hasta poder llegar a su constitucionalización<sup>3</sup>.

Tal perspectiva, sin duda, es resultado del momento en el que, en las legislaciones nacionales y en el escenario internacional, se fue consolidando la legislación laboral: economías industrializadas y post-industrializadas, con una enfocada preocupación por la *paz social*<sup>4</sup> y por desenvolver prestaciones públicas dentro de un marco general de desarrollo dispar pero sostenido en premisas de producción semejantes; hasta la disrupción de las crisis económicas que, desde finales de la década de los 70 del siglo pasado, empezaron a revisar esta lógica de creciente, desafiada todavía más por la globalización

Es así como podemos valorar al episodio histórico en el que podemos encontrar la existencia del Derecho del Trabajo como el de un breve crecimiento que, en el mejor de los casos, alcanzó un punto “de equilibrio”: el trabajo. Por consiguiente, hoy en día debiera admitirse como válida la discusión sobre la extensión de su ámbito objetivo, de modo preferente al subjetivo, puesto que todo lo anterior amerita preguntarse qué instituciones se mantienen dentro de su contenido imperativo; los titulares siguen siendo los mismos: los trabajadores asalariados dejando de lado a las tesis de la extensión simple del Derecho del Trabajo a categorías de trabajo autónomo (sobre esta resulta ilustrativa la idea expuesta por Gutiérrez-Solar, quien sostiene esta extensión en la prevalencia de la prestación de servicios del autónomo o independiente con respecto a una empresa, generando dependencia económica).<sup>5</sup>

Esta apretada síntesis del discurrir de las normas de trabajo tiene a una institución en el epicentro de sus más álgidos debates: la protección frente al despido, o más exactamente, la protección de la estabilidad en el empleo.<sup>6</sup> Institución que coincide en su nacimiento con la constitucionalización del derecho del trabajo, expresándose por primera vez en la Constitución de Querétaro de 1917, bajo el siguiente fraseo: “El patrono que despide a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario”.

En nuestro ordenamiento, la estabilidad laboral se reguló de modo expreso y con eficacia inmediata en la Constitución de 1979, la cual en su artículo 48 rezaba que “el Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada”.

3 Guillermo Boza, “Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo,” *Themis*, N° 65 (2014): 19-22.

4 Alain Supiot, “¿Cuál es la justicia social internacional para el siglo XXI?,” *Laborem*, N° 19 (2016): 20-21.

5 “Si por un lado el Derecho del Trabajo se dirige a regular el trabajo jurídicamente dependiente y por cuenta ajena y por otro el crecimiento del campo de aplicación del Derecho del Trabajo ha sido inspirado por el objetivo de reconocer la protección social a todos aquellos sujetos necesitados de ella en la realización de su trabajo, deberíamos llegar a la conclusión de que la necesidad de protección se liga a la concurrencia de estas características en el contrato de prestación de servicios. En buena lógica jurídica los elementos que forman el supuesto de hecho han de tener la capacidad de delimitar el ámbito de protección que se quiere otorgar. Por lo tanto esto implicaría que la dependencia jurídica y la ajenidad son los elementos que justifican que exista una necesidad de protección laboral. No obstante, en la actualidad se ha tomado conciencia, como ya ocurrió antes en otros países de nuestro entorno jurídico, de que esto ha dejado de ser así. La protección otorgada por el Derecho del Trabajo no está tan íntimamente ligada a la especial configuración del trabajo dependiente y por cuenta ajena que legitime su aplicación exclusiva a esta figura contractual. Numerosas medidas de tutela de la amplia protección social, que paulatinamente se han ido desarrollando en el seno del Derecho del Trabajo, no están especialmente justificadas por las especialidades que configuran el trabajo regulado por el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores. En la actualidad existe una conciencia creciente sobre la necesidad de extender medidas de tutela clásicas laborales o de crear unas similares para proteger a colectivos de sujetos que trabajan en condiciones diferentes a las recogidas en dicho precepto, pero que sufren una necesidad de protección social similar a la de los trabajadores tradicionales. Este es principalmente el caso de los autónomos que dependen económicamente de una empresa para la que trabajan de forma habitual y a la que dedican si no gran parte toda su actividad.” Beatriz Gutiérrez-Solar, “La extensión del ámbito subjetivo del derecho del trabajo”, Cuaderno de relaciones n.º 2 (2007): 29-32

6 Hoy, como lo demuestra la estadística del país, el hablar de despido en el sentido formal del concepto (se sigue un procedimiento legalmente configurado para romper el contrato de trabajo) presupone un estadio al que un alto número de trabajadores sencillamente ni siquiera logra acceder, dado el uso extendido de los contratos de duración determinada, fomentados desde la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de 1992.

Como lo detalla Cuadros, “tanto la Encuesta de Hogares (ENAH) del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INE) como la Planilla Electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) muestran el predominio de la contratación a plazo fijo respecto a la contratación a plazo indefinido en el sector privado formal a nivel nacional: 73,7 vs. 26,3 por ciento, respectivamente, según la primera fuente y 64,3 vs. 35,7 por ciento, respectivamente, según la segunda fuente”. (CUADROS, F. 2019: 9-12)

Al nivel infra constitucional se presentaron tres normas en tres momentos claramente diferenciados: i) el protagonizado por la Ley 4916 que regulaba un escenario de estabilidad laboral relativa, a partir del cual superado el periodo de prueba de noventa días cabía el despido sin causa justificada e incluso antes de ello si el empleador asumía el pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones de dichos días; ii) el protagonizado por el Decreto Ley 18471 que recogía la regla de estabilidad laboral absoluta, al impedir el despido del trabajador, salvo que se funde en justa causa, una vez superado el periodo de prueba de tres meses, y iii) el protagonizado por el Decreto Ley 22126 que regulaba un régimen mixto de estabilidad laboral, conforme al cual superado el periodo de prueba de tres meses el trabajador adquiriría una protección en clave de estabilidad laboral relativa hasta por tres años; siendo posible que se genere su despido sin causa justificada durante este período si el empleador cursa un pre-aviso de noventa días notarialmente o prescindiendo del mismo, asume el costo de las remuneraciones de dichos días en calidad de indemnización.

Posteriormente, la Constitución de 1993 no reguló de manera expresa la estabilidad laboral como su predecesora; sin embargo, esta institución ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional como un componente inherente del derecho al trabajo a partir de una lectura conjunta de su artículo 22, su Cuarta Disposición Final y Transitoria y el artículo 7 del Pacto de San Salvador.<sup>7</sup>

No solamente en el ámbito del Derecho interno se hace patente esta preocupación. También es manifiesta su recepción en el Derecho Internacional del Trabajo. En tal sentido, la reciente *Declaración del centenario de la OIT* nos recuerda, precisamente, que su mandato constitucional procura la justicia social, al que se añade un enfoque del futuro del trabajo “centrado en las personas, que sitúa los derechos de los trabajadores y las necesidades, las aspiraciones y los derechos de todas las personas en el núcleo de las políticas económicas, sociales y ambientales”. De forma más explícita, con respecto a la estabilidad laboral, esta importante declaración reafirma a “la continua pertinencia de la relación de trabajo como medio para proporcionar seguridad y protección jurídica a los trabajadores (...)”<sup>8</sup>

Este andamiaje jurídico, pese a su claridad, es cuestionado desde una óptica positivista desfasada (“paleopositivista”, como la llamaría Ferrajoli) y propia de un estado de evolución jurídica previo, correspondiente al estado de derecho antes que al constitucional de derecho. En tal lógica se instaura la estabilidad laboral relativa a partir de la lectura conjunta del artículo 27 de la Constitución de 1993 y la modificación que la Ley 26513 introduce en el ordenamiento privado laboral. Así, se concluye que ante el despido arbitrario corresponde el pago de una indemnización a favor del trabajador, es decir, que la ley expresa la Constitución, en tanto que esta delega en ella la regulación de esta materia, obviando analizar si su formulación es coherente con los principios que coexisten en el ordenamiento.

### 3. ¿Libertad de empresa absoluta o relativa, con respecto al despido?

Esta contrargumentación que sale al paso a la protección de la estabilidad en el empleo, sin embargo, comúnmente encuentra raigambre constitucional en la “libertad de empresa”, un principio-derecho material que, frente al “derecho al trabajo”, puede concebirse en una dinámica de constante tensión. Pero es clave reconocer que, más allá de los posicionamientos personales de cada intérprete, esa tensión entre principios existe, y ha permitido la creación legislativa de reglas sobre la protección contra el despido, por un lado; y por el otro, ha permitido que la jurisdicción deduzca reglas frente a situaciones concretas o efectúe una ponderación desde tales principios, para afirmar un ensanchamiento de la tutela de la estabilidad en el empleo, desde una formulación positiva aparentemente laxa.

Una premisa basal del modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho es, sin lugar a duda, el reconocimiento y protección de libertades y el aseguramiento de condiciones igualdad. Dentro de esos ejes, un derecho de libertad, como es la libertad de empresa, es necesariamente reconocida como uno de contenido complejo: su ejercicio está limitado por límites intrínsecos y extrínsecos, y, a la vez, su componente económico termina favoreciendo la efectividad de derechos económicos y sociales de un

7 “El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.” (Fundamento 12 de la Sentencia recaída en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC)

8 Organización Internacional del Trabajo. *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo, adoptada por la conferencia en su centésimo octava reunión*. (Ginebra: OIT, 2019, 3-6.

número de sujetos que se vinculan a la actividad empresarial en concreto, bien como destinatarios de los servicios o productos, bien como el personal que forma parte de la fuerza de trabajo empresarial.

Por ello, junto con aceptar enunciativamente al *modelo de estabilidad absoluta* como forma desprovista de parámetros de ponderación posible (pues, en todo rigor, comunica una forma robustecida de protección de la estabilidad en el empleo que se impone a la libertad de empresa); debemos poner en ese mismo sector al modelo de la *inestabilidad absoluta*, que da cuenta de una apreciación extensiva de la libertad de empresa en detrimento de la estabilidad en el empleo. Ambas son, pues, formas de imposición normativa que poco tienen que ver con soluciones ponderadas.

En el medio de tales extremos aparece el modelo de *estabilidad relativa*, siendo esa relatividad, precisamente, un continente cuyos contenidos que deben ser objeto de un detenido análisis jurídico-económico. Por ello, el examen de los límites del principio de estabilidad en el empleo para la (re)creación de reglas jurídicas conforme con el principio de libertad de empresa no puede omitir que el sacrificio del primero de ellos no puede ser absoluto. Recordamos, en ese sentido, que “la afirmación de que los derechos fundamentales solo pueden ser limitados con fundamento en la Constitución, pone de presente la razón determinante por la cual en el orden jurídico no pueden existir derechos absolutos, aunque se trate de derechos fundamentales [...] porque ellos forman parte o se definen o son los que están llamados a ser, como elementos de un balance difícil pero necesario entre derechos, bienes, valores y principios reconocidos todos como componentes del orden jurídico fundamental de la comunidad”<sup>9</sup>.

Aunque pareciera una verdad de Perogrullo, la libertad de empresa debe de ser concebida dentro del modelo de Estado Constitucional de Derecho, prestando atención a la cláusula del Estado Social establecida en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, esta omisión (que, desde una entrada histórica, solamente puede calificarse como “anacrónica”) es particularmente fecunda entre quienes propugnan una reforma normativa que, vistas las razones jurídicas, más bien tendría que provenir de un Constituyente instituido para revisar el modelo social y económico de la Constitución de 1993.

Ahora bien, teniendo en cuenta la tensión permanente entre los principios de libertad de empresa y de estabilidad laboral, no puede dejarse de lado que cualquier régimen de garantía del derecho al trabajo puede ser concebido desde una dimensión colectiva e individual a la vez, entendiéndosele como un contrapeso en las relaciones de poder y al mismo tiempo un presupuesto para el ejercicio efectivo de un más amplio conjunto de derechos sociolaborales que conforman la idea de “estatuto jurídico-protector de los trabajadores”<sup>10</sup>. Sobre esta observación resulta interesante constatar que, dentro del debate nacional sobre la reforma del despido, no es gratuito que la categoría colectiva “trabajador” carezca de representación en el discurso que propugna la reducción del régimen de estabilidad laboral, pues en el resulta clara la afirmación de un individualismo que, como paradigma, resulta bastante funcional para la defensa de una tesis de hipermovilidad de la mano de obra dentro del mercado de trabajo, pero que guarda silencio respecto de la condición de quienes deben permanecer en una constante situación de precariedad.

Esta condición precaria que resulta de una apreciación desbalanceada de la libertad de empresa (en desmedro de la estabilidad laboral), ha sido interpretada por Standing como una condición social en la que se encuentran no los desempleados, sino más bien quienes, teniendo cierto nivel educativo, discordantemente, no acceden a forma alguna de “control” sobre su trabajo, recibiendo beneficios por debajo de los identificados como “adecuados” para su preparación y cualificaciones. Por tanto, se trata de un “nuevo” grupo social que, concurrentemente, reúne las siguientes características<sup>11</sup>:

- i) No goza de oportunidades adecuadas de obtener una renta por su trabajo;
- ii) Carece de estabilidad en el empleo;
- iii) No tiene la capacidad de retener el puesto de trabajo para ser promovido a una mejor posición;
- iv) No goza de una efectiva seguridad y salud en el trabajo.
- v) No puede ejercer una formación en el empleo adecuada, por falta de programas adecuados o por falta de oportunidades para hacer uso de tales competencias (si ya las tuviera);

9 Magdalena Correa, *Libertad de empresa en el Estado social* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 38.

10 José Monereo, “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho «al trabajo» en la «sociedad de riesgo»?”, *Temas laborales*, N.º 126 (2014): 59.

11 Guy Standing, *The precariat. The new dangerous class*. (Londres: Bloomsbury Academic, 2009), 10-11.

- vi) No posee seguridad en la percepción de ingresos adecuados y estables (lo que involucra propiamente al salario y también, con énfasis, a los mecanismos de seguridad social universal, políticas económicas de reducción de la desigualdad); y
- vii) No cuenta con seguridad de poseer una representación colectiva dentro del mercado de trabajo, a través de la sindicalización y el derecho de huelga.

Por desgracia, la coincidencia de estos siete criterios aplicados a nuestro mercado de trabajo podría resultar en un conjunto muy grande de personas, por lo que esta advertencia sobre la precarización no es, en absoluto, un ejercicio argumentativo carente de realidad. Los hacedores de la política pública sobre empleo tendrían, en todo caso, que estar advertidos del impacto que medidas que ponen en riesgo a la estabilidad en el empleo pueden llegar a causar.

#### **4. Argumentos actuales contra la estabilidad laboral: Análisis dialéctico.**

Llegado a este punto, en nuestra realidad pueden sintetizarse una serie de ataques contra la vigencia de la estabilidad laboral. El elenco de argumentos se puede analizar desde la perspectiva de la lógica formal, en primer lugar, para evidenciar cómo algunas aportaciones doctrinales se han asentado en falacias que se mantienen más o menos incólumes a lo largo de dos décadas.

A continuación, nos referiremos específicamente a estas objeciones contra el principio de estabilidad laboral, según grupos de argumentos que se han encontrado en una revisión que abarca a la década reciente, con un señalado énfasis en las contemporáneas discusiones acontecidas tras la publicación de la Política Nacional de Competitividad y Productividad, aprobada por el Decreto Supremo 237-2019-EF.

##### **4.1 Primer tipo de argumentos: “El Tribunal Constitucional ha excedido sus funciones al resolver «legislando» en un sentido distinto al contenido de la ley positiva”. El razonamiento jurídico condicionado a las reglas positivas y la negación de la ponderación de principios constitucionales.**

Desde la publicación de los precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional en los casos recaídos en los expedientes 1124-2001-AA/TC y 976-2001-AA/TC, entre muchos otros, judicialmente se ha consolidado una tutela reparatoria hacia la víctima del despido, consistente en la reposición vía el proceso constitucional de amparo, primero; afirmándose esta tutela jurisdiccional hacia una mayor efectividad normativa al reconocerse, con la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497, un régimen amplio de medidas cautelares que permiten accionar medidas típicas de reposición provisional y otras formas de tutela anticipada para proteger el empleo frente a la amenaza del poder privado desbordado. La sensación, pues, de “impugnabilidad” del despido es mayor en nuestros días que hace dos décadas.

Sin embargo, este es un proceso que no ha sido ni es objeto de unanimidad de parte de quienes se encuentran de uno y otro lado de las relaciones de trabajo. A opinión de algunos articulistas, el Alto Tribunal cometió un exceso al emitir sus conocidos precedentes jurisdiccionales sobre despido, que se opusieron a la interpretación positiva que se basaba en el texto del artículo 27 de la Constitución, que dispone un mandato al legislador, para que éste establezca la llamada “protección adecuada” contra el despido. En esas resoluciones jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional afirmó que la tutela restitutoria era viable desde el proceso de amparo.

Vemos así, entre los críticos de esta jurisprudencia, observaciones de tipo competencial. Así, por ejemplo, en señalar que el Alto Tribunal habría creado una figura jurídica sin competencias positivas. En ese sentido, se reputa, “ha venido legislando” en materia de estabilidad laboral sin que tenga competencias para ello. En efecto, para un grupo de opiniones, el TC “inaugura un régimen adicional de reparación ante un despido arbitrario”<sup>12</sup>. Un ejemplo de esta tesis se observa en votos singulares emitidos por el magistrado del Tribunal Constitucional Sardón de Taboada. Para el referido magistrado constitucional, en una opinión ya citada al inicio de este artículo, la existencia de una norma legal que establece una indemnización frente al despido arbitrario da cumplimiento suficiente al mandato constitucional de “adecuada protección frente al despido”, sumándose a ello el que “la reposición no tiene base en la Constitución ni en las obligaciones internacionales del Perú. Deriva solo de un error [...] de este Tribunal, cometido al resolver el caso Sindicato Telefónica el año 2002 y reiterado lamentablemente desde entonces. La persistencia del error no lo convierte en un acierto”.

12 Miguel Jaramillo, Julio Almonacid y Luciana de la Flor Jaramillo, “Los efectos desprotectores de la protección del empleo: el impacto de la reforma del contrato laboral del 2001,” *Grade, Avances de Investigación*, N° 30 (2017): 24.

También, desde la tesis del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, Luis Castillo-Córdova, observó que la norma constitucional contenida en el artículo 27 y la norma contenida en el artículo 7d del Protocolo de San Salvador conforman una norma constitucional cuyo contenido se nutre de la norma constitucional directamente estatuida (la primera, de derecho interno) y la norma constitucional adscripta de origen convencional (la segunda, de origen supranacional), cuya combinación puede formularse como el deber del legislador de otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, fórmula que admite a la reposición en el puesto de trabajo, a la indemnización o cualquier otra razonable prestación<sup>13</sup>.

Por otro lado, con la expansión de la revisión del Alto Tribunal sobre el régimen del despido, se abordó la situación de los trabajadores de dirección y de confianza y el llamado *retiro de confianza* como razón extintiva. Sobre esto, se ha anotado que alguna ejecutoria del Tribunal Constitucional habría cometido un “exceso”, al equiparar la figura del despido con la del “retiro de confianza” previsto en la legislación laboral<sup>14</sup>.

Estas son muestras de una resistencia argumentativa contra la progresiva creación jurisdiccional de reglas de aplicación respecto de la anulabilidad de formas de despido inconstitucionales si nos resulta asimilable al concepto de una reforma laboral, no una de tipo legislativo (en la que las reglas positivas son intercambiadas por otras, en un proceso deliberativo democrático).

Nótese que la identidad de la reforma emprendida a partir de la jurisprudencia constitucional sobre despido es de tal magnitud, que la doctrina se refiere a una “regulación del despido en la legislación y en la jurisprudencia laborales en el Perú<sup>15</sup>. Por ello, más allá que estos precedentes hayan tenido como contexto a procesos de amparo promovidos para la tutela de derechos de sujetos concretos, no concordamos con la visión de que ella no constituye una verdadera reforma, aunque existan opiniones discrepantes sobre esto mismo<sup>16</sup>. Este efecto revitalizante sobre una de las instituciones más importantes del Derecho del Trabajo (como es el despido ha sido puesta en relieve por Sanguinetti quien explica que el control constitucional ha configurado un proceso de revisión o de reconstrucción de los ordenamientos laborales latinoamericanos, cuya fuente puede ser normativa, bien de rango legal o suprallegal, o incluso jurisprudencial<sup>17</sup>.

Un importante concepto que observar aquí tiene que ver con el distinto valor atribuido a la función jurisdiccional, como ejercicio del poder público supeditado a la ley formal. Así, la ley formal condiciona al objeto de la interpretación jurisdiccional, y a la vez, sujeta a la jurisdicción a la función legislativa del poder público.

La postura que defiende ese paradigma de control concentrado es congruente con un modelo estatal que sostiene a la validez de su sistema en la previsión positiva de normas de grado superior que facultan el desarrollo de otras inferiores, es decir, un esquema positivista el estilo kelseniano clásico. Este sistema es permeable a un control jurisdiccional con parámetros de actuación delimitados en las normas escritas que se encuentran en la parte superior de aquella pirámide de validez.

Sin embargo, en última instancia, de lo que se trata es de discutir si existe una inderogabilidad relativa de una ley formal (en el caso del despido en un caso concreto: el artículo 27 constitucional y las reglas de la LPCL) o si no es así. Encuadrada así esta discusión, se recuerda que la constitucionalización del derecho deja claro que el juicio sobre la tutela de la estabilidad laboral en nuestro ordenamiento no puede ser únicamente objeto de un análisis positivista. Como recuerda la doctrina respecto de la creación del precedente recaído en el caso Llanos Huasco, “algunas de las instituciones jurídicas más importantes no han nacido de una acción legislativa, sino jurisprudencial [...] ¿Por qué no podría ser el caso del despido fraudulento?”<sup>18</sup>.

13 Luis Castillo-Córdova, “¿Un Tribunal Constitucional que gobierna?”, *Pensamiento Constitucional*, N° 21 (2016): 45.

14 César Puntriano, “Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección contra el despido de los trabajadores que ocupan puestos de dirección o de confianza”, *Laborem*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 8 (2008): 313.

15 Javier Neves, “El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral”, *Themis*, N° 67 (2015): 228.

16 Lily Ku, “Encubriendo los efectos de las reformas laborales de los noventa y las debilidades institucionales de la inspección del trabajo. El supuesto academicismo del discurso de la flexibilización laboral”, *Soluciones Laborales*, N° 122 (2018): 138-139.

17 Wilfredo Sanguinetti, “La reconstrucción jurisprudencial del Derecho del Trabajo en la Experiencia del Tribunal Constitucional Peruano”, *Derecho & Sociedad*, N° 30 (2008): 76.

18 Javier Neves, “El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral”, *Themis*, N° 67 (2015): 230.

#### **4.2. Segundo tipo de argumentos: “El encarecimiento del despido fomenta la informalidad laboral”. El empleo como bien jurídico protegido versus cualquier enfoque de derechos.**

Esta tesis puede ser advertida en los analistas que cuantifican a los costes del despido como un factor dentro del cálculo del costo de oportunidad que asumen quienes deciden contratar temporalmente, a pesar de no tener una causa justificante para ello que los habilite a delimitar el plazo del contrato de trabajo. La informalidad laboral, dentro de este diseño argumentativo, es principalmente el producto de un análisis de costos por parte del empleador: a partir de cierto punto, el costo laboral a plazo indeterminado es “absorbible” para la contabilidad del empleador, pudiendo asumir el costo de una eventual terminación unilateral que imponga a la parte trabajadora.

Así, dos posibles contrastes pueden esbozarse desde tal aseveración: “A menor costo del cese, mayor formalización” y así podríamos llegar, por la vía de la inferencia, a que “el despido libre garantiza la formalización laboral”. No obstante, no existe un respaldo fáctico suficiente que permita tener a tal hipótesis como una que sea verificada. El menor costo laboral establecido normativamente para fomentar la formalización laboral ha sido, por ejemplo, el objeto declarado de una serie de regulaciones especiales a ciertos contratos de trabajo dentro de sectores económicos específicos.

Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el caso del Decreto Ley N° 22342, de Promoción de las Exportaciones No Tradicionales. Uno de los puntos más peculiares de este régimen es que permite a los empleadores adscritos dentro de su ámbito subjetivo a celebrar contratos a plazo fijo con sus trabajadores, sin ninguna sujeción a una regla de conversión de tales contratos a unos de plazo indeterminado (la regla general, dentro de nuestro ordenamiento jurídico). Es decir, esta regulación laboral establece una forma de inestabilidad laboral que sacrifica a uno de los principios de la tensión constitucional a la que nos hemos referido, sin siquiera establecer mecanismos de seguimiento y evaluación del impacto de tal regla; o siquiera sin que se hayan regulado formas de compensación.

En 2017, un gremio empresarial afirmó que, desde su instauración en 1978, dicho régimen venía creando más de 320 mil empleos formales, razón por la cual debería replicarse para combatir la informalidad laboral.<sup>19</sup> No obstante, la cuestión sobre si acaso esta podría ser una experiencia de “*formalización precarizante*” podría surgir rápidamente, si tomamos en cuenta que en ese mismo año (2017), el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos de Norteamérica reportó como un hecho el que el Estado Peruano no garantizaba la libertad sindical dentro del sector de las exportaciones no tradicionales, precisamente debido al uso extensivo de los contratos de trabajo sometidos a plazo fijo hacían difícil la sindicalización<sup>20</sup>.

Es así como, sin hablar propiamente de “despido”, el efecto extintivo sobre el contrato de trabajo ha sido atribuido a un poder contractual unilateral. A favor de la derogación de este régimen o a favor de su mantenimiento se encuentran posicionados los mismos interlocutores, sindicatos de un lado, empresarios del otro; sin que se haya fomentado suficientemente el diálogo social entre tales actores para la revisión de la evidencia práctica que podría rastrearse tras la regulación.

Otra entrada a este enfoque modulador de derechos se expresa en el régimen laboral de la micro y pequeña empresa, que ha presentado una sucesión de normas que fueron fijando, primero, temporalmente, y luego, consolidando a perpetuidad, una regulación con costos reducidos en caso se erosione un puesto de trabajo de forma arbitraria. La rebaja del valor del precio a pagar por la manifestación del poder privado es, desde este punto de vista, justificable por la genérica promoción de la viabilidad empresarial que, para sobrevivir en el mercado, exige que se adecúen los costes que debe afrontar, asimilándose por esa argumentación a la tutela resarcitoria frente a un despido arbitrario con, por ejemplo, el costo de tasas administrativas.

Aquí quizá cabe perfilar al concepto de informalidad al que, parece, se encuentra detrás del discurso que vincula su volumen, en una relación directamente proporcional, con la de la intensidad de la tutela frente al despido. La informalidad laboral es, por definición, el incumplimiento de la normativa protectora del trabajo asalariado. Excluimos de tal concepto a las formas de informalidad que se ciernen sobre el trabajo autónomo de “*cuentapropistas*” (que presenta una problemática bastante distinta). Además, indicamos que no nos limitamos a identificar dentro del concepto de informalidad únicamente al caso de falta absoluta de registro de un trabajador ante los registros obligatorios. Junto con ese grupo, concebimos también dentro de la informalidad laboral a aquellos trabajadores que se encuentran dentro de una relación de trabajo que se encuentra en una situación determinada de incumplimiento de la legislación protectora.

19 Sociedad Nacional de Industrias (2018, 22 de marzo). Debatirán cambios a régimen de exportación no tradicional. Gestión.

20 United States Department of Labor. *Peru 2017 Human Rights Report*. (Washington: United States of America Government, 2017). 20-22.

Por ello, es informal no solamente aquel que, para prestar servicios subordinados, es empleado bajo una figura contractual distinta a la laboral, sino que también lo es aquel que, estando contratado por un contrato de trabajo, tiene un vínculo de naturaleza temporal de forma injustificada, a pesar de que la ley laboral impone a la permanencia del contrato de trabajo como una regla general (el contrato “a plazo indeterminado”) frente a su posible provisionalidad (el contrato “a plazo fijo” o “plazo determinado”). Así, es posible concebir a la contratación temporal injustificada como una estrategia elusiva de la legislación laboral, recurrida por quienes, desconfiando de la estabilidad laboral y/o percibiendo como encarecido el costo del despido, prefieren evadir el pago de la indemnización por despido arbitrario a través de la contratación a plazo fijo<sup>21</sup>.

Y, todavía más, no podríamos pensar a esta aparente dualidad entre el “mercado laboral formal” y el “mercado laboral informal” bajo términos absolutos. Como hemos visto ya, existe una llamada “formalización precarizante” que implica que más allá la existencia de un contrato de trabajo cierto, puede estar en entredicho el efectivo goce de derechos fundamentales de tipo elemental en la relación de trabajo, como es la libertad sindical. Junto con ello, también hay que recordar que existe cierta movilidad entre quienes ocupan puestos de trabajo formal e informal, lo que corresponde a dinámicas cíclicas que aún no están bien explicadas, pero cuya existencia es concreta desde la estadística.<sup>22</sup>

Como se aprecia, la formalización laboral es un mero prurito si es que no viene aparejada por un goce efectivo de los derechos fundamentales. No toda experiencia de formalización ha conducido a resultados concretos que, desde este punto de vista, arrojen resultados plausibles. Y este es un matiz muy importante para efectos del estudio de la institución de la estabilidad laboral. Un régimen laxo de tutela de la estabilidad laboral puede convertir a la formalidad laboral en una mera estación de tránsito entre puestos de trabajo registrados y no declarados o puestos sujetos a una contratación laboral indirecta fraudulenta o una contratación temporal injustificada.

En un estudio ampliamente difundido, se sostiene que la reforma efectuada por la jurisprudencia constitucional sobre el despido a partir de la reconstrucción de la protección contra la afectación de derechos fundamentales es “responsable por una reducción en la probabilidad de que un trabajador tenga un contrato por tiempo indefinido de 40 puntos porcentuales con relación al estado anterior a la reforma, lo que equivale a reducir esta probabilidad a un quinto de lo que era antes del fallo del TC”<sup>23</sup>.

En el citado estudio, se postula que la legislación que fija a la contratación a plazo indefinido tiene impactos importantes sobre los ingresos y salidas del empleo y desempleo, fomentando a los contratos a plazo fijo, reduciendo la duración de los empleos e incrementando la rotación (de un lado), afectando la función de los contratos temporales como “puerta de entrada” hacia contratos por tiempo indefinido y, finalmente, atentando contra la productividad al reprimir la reasignación de trabajadores y la inversión en su capacitación<sup>24</sup>. Veamos estos efectos, alertados desde la información disponible, a fin de advertir posibles matices respecto de las premisas y conclusiones del estudio comentado:

- o La contratación temporal está regida por el principio de causalidad, y aun así el robustecimiento de la contratación temporal fue fomentado desde la normativa bajo un número de modalidades más o menos distantes del lineamiento que las hacía excepcionales. Es decir, la temporalidad en los contratos de trabajo tenía y tiene un importante condicionante normativo, el mismo que se acrecienta si se toma en cuenta que la inspección del trabajo a duras penas cumple la función de supervisión del cumplimiento de las normas de trabajo<sup>25</sup>.
- o Además, cabe interrogarse: ¿Cuántos de los actuales contratos a plazo indefinido lo son, precisamente, gracias a la actuación de la jurisdicción laboral o de la inspección del trabajo? Lamentablemente, no se cuenta con evidencia empírica que permita contrastar proporciones de trabajadores contratados a “plazo indeterminado” por un espontáneo cumplimiento de la legislación con el grupo de aquellos que pasaron a tener un contrato con el plazo así regulado por efecto de un mandato judicial o por el cumplimiento de un requerimiento de tipo administrativo.

21 Fernando Cuadros y Christian Sánchez, “La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida,” *Asesoría laboral*, N° 453 (2007): 16.

22 Luis Mendoza e Ítalo Mórtola, “Informalidad laboral e inspección del trabajo: reglas nuevas para un viejo problema,” en *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho de la PUCP en su centenario* (Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019), 329.

23 Miguel Jaramillo, Julio Almonacid y Luciana de la Flor, “Los efectos desprotectores de la protección del empleo: el impacto de la reforma del contrato laboral del 2001,” *Grade, Avances de Investigación*, N° 30 (2017): 11.

24 Jaramillo, Miguel, Julio Almonacid y Luciana de la Flor, “Los efectos desprotectores de la protección del empleo: el impacto de la reforma del contrato laboral del 2001,” *Grade, Avances de Investigación*, N° 30 (2017): 20.

25 Lily Ku, “Encubriendo los efectos de las reformas laborales de los noventa y las debilidades institucionales de la inspección del trabajo. El supuesto academicismo del discurso de la flexibilización laboral,” *Soluciones Laborales*, N° 122 (2018): 143.

Al frente de las afirmaciones contenidas en el estudio que venimos citando ya se ha presentado evidencia que contrasta las premisas del postulado que se acaba de citar. Así, sobre la base de la información estadística del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, se ha expuesto cómo el recurso a la contratación temporal ha sido un fenómeno “que comienza fundamentalmente luego de la reforma laboral flexibilizadora de inicios de los noventa, la cual facilitó e incentivó la utilización de los contratos a plazo fijo, eliminando el requisito de aprobación previa de dichos contratos por parte del Ministerio de Trabajo, ampliando el periodo de duración máxima de los mismos (hasta 5 años en general), incrementando sus modalidades (hasta 11) —muchas de ellas cuando menos discutibles en cuanto a su naturaleza temporal- y relajando la fiscalización de su uso (...)”<sup>26</sup>.

Confirma lo anotado por Cuadros también el hecho de que la tendencia creciente advertida por él se mantenga sostenidamente en el último lustro de los años noventa, a pesar de que existió un aumento del costo del despido en 1996<sup>27</sup>.

Esta evidencia es congruente, entre otras, con los hallazgos publicados por Saavedra y Maruyama, quienes afirmaron que “existe un aparente contrasentido en el incremento de la contratación temporal luego de la eliminación de la estabilidad laboral, en tanto el uso de los contratos temporales debía justamente de haberse reducido al haberse abaratado el uso del contrato permanente”<sup>28</sup>. Sobre el particular, los autores citados inferían en el año 2000 que los empresarios podrían aguardar por reformas al régimen del contrato de trabajo, a pesar de lo cual, el incremento de la contratación a plazo fijo se mantuvo, según las estadísticas oficiales.

Lo que resulta inocultable es que la contratación temporal ha resultado un mecanismo de evasión de la estabilidad laboral desde su dúctil recepción en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Es un mecanismo que, bajo el amparo discursivo del “fomento del empleo” y la “formalización más viable”, se ha presentado como una forma de cumplimiento parcial más que como un incumplimiento legal. Una hipótesis cuya difusión actual tiene parangón en el vacío en el que se encuentra la evidencia acumulada que la comprueba, es precisamente la que puede resumirse en el aserto “mayores estándares laborales generan más desincentivos para el cumplimiento normativo” o, más concretamente, “a menor estándar de protección laboral, mayor formalización”.

### **4.3. Tercer tipo de argumentos: “Incrementar la tutela resarcitoria permite extinguir la tutela reparatoria”. La supuesta intercambiabilidad de formas de proteger derechos fundamentales a través de imposiciones al empresario con obligaciones “de dar” o “de hacer”.**

Una forma de apreciar la diversidad de formas de tutela frente al despido puede ser la de la intensidad del mandato judicial en el ámbito de la gestión empresarial respecto del despido. Si se obligará al empleador demandado a cumplir solamente con una obligación de dar (pagar un precio que sancione el despido) o a cumplir con una obligación de hacer (readmitir al despido dentro de su organización, con los reajustes que ello puede implicar).

El constante movimiento pendular en la jurisprudencia laboral no hace sino confirmar la tensión existente entre las posiciones afirmativas de la estabilidad laboral y las que propugnan por un régimen de despido con menos controles —o sin control en absoluto— y que se plasman en ejecutorias de diverso sentido.

En ese sentido, la jurisdicción arroja una práctica que apela al voluntarismo para determinar si procede o no la tutela, examinando la conducta del despido que demanda para entender si corresponde o no evaluar su reposición al puesto de trabajo. En ese sentido, en la Casación Laboral N° 12737-2016-LIMA se observa que el hecho del cobro de la indemnización por despido arbitrario —que había sido comunicada en tales términos al trabajador cesado— resultó suficiente motivo para que se deniegue la pretensión de reposición (dice la Corte, en su décimo segundo considerando, que “el trabajador que cobra el monto que se le otorga por concepto de indemnización por despido, acepta la forma de protección resarcitoria, no pudiendo luego de dicho cobro pretender ser repuesto en el trabajo alegando que su despido es nulo, incausado o fraudulento”). Este criterio siguió el lineamiento deducido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 3052-PA/TC-CALLAO-LARA, por el cual se afirmó como precedente que se declarararía la improcedencia del amparo constitucional cada vez que un trabajador pretendiese la nulidad del despido, si es que antes efectuó el cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto

26 Fernando Cuadros, “Rigidez laboral y contratación temporal en el Perú. Entre el mito y la falacia,” *Análisis Laboral*, N° 487 (2018): 11.

27 Fernando Cuadros, “Rigidez laboral y contratación temporal en el Perú. Entre el mito y la falacia,” 12.

28 Jaime Saavedra y Eduardo Maruyama, *Estabilidad laboral e indemnización: efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano*. Grade, Documento de trabajo N° 28 (2000): 38-39.

que, como incentivo para la ruptura del contrato de trabajo, tenga el mismo fin, pues de ello se podría deducir la opción del trabajador de acceder a la tutela resarcitoria, una alternativa a la tutela restitutoria.

La forma de argumentar aquí se posiciona sobre una premisa que resulta, a todas luces, debatible: existiría intercambiabilidad perfecta entre el valor jurídico de la restitución del agraviado frente a un derecho subjetivo conculcado (la estabilidad en el empleo) *versus* el pago monetario de una indemnización, un precio para compensar la extinción unilateral del contrato de trabajo. Encontramos que no en todos los casos la consolidación de tal regla podría arrojar resultados válidos desde su valoración axiológica. Piénsese, por ejemplo, en el caso del cobro efectuado por un trabajador para saldar una deuda hipotecaria o para solventar gastos en salud (por una enfermedad propia o de algún miembro de su unidad familiar. No sería extraño, junto con tales casos, el supuesto de quien es cesado manteniendo créditos laborales no reconocidos por su empleador. ¿Sería necesario que en tales casos el trabajador cesado se abstenga del cobro del monto que le es depositado como “incentivo”? ¿Qué ocurriría si tal trabajador cursase una carta al empleador manifestando sus reservas sobre la supuesta “opción” por la tutela resarcitoria?

Precisamente, pareciera que la regla jurisprudencial comentada no admite una visión equilibrada para tales casos. Desde luego, es posible apreciar su razonabilidad general: trabajadores informados pueden ejercer válidamente un derecho de opción si se encuentran fuera de supuestos de necesidad apremiante. Igualmente, ocurre que muchos empleadores pagan esforzada y diligentemente el salario y los beneficios legales a sus trabajadores, por lo que, al momento de la liquidación de beneficios sociales y pago de algún *incentivo de salida*, no exista ningún crédito laboral pendiente de ser honrado. Sin embargo, existen casos que contradicen tales supuestos: aquel donde el trabajador se encuentra en un presumible estado de falta de información, de premura absoluta o también supuestos en donde sí existen adeudos a favor de la parte trabajadora, contra los cuales ella puede imputar tal pago (dado el especial carácter de la remuneración, que lleva a evaluar la eventual impertinencia, por ejemplo, de las reglas contenidas en el artículo 1256 del Código Civil y siguientes). Por ese motivo, la regla de improcedencia por el cobro de la indemnización por despido arbitrario, concebida como una de “todo o nada”, deja de lado cualquiera de estas incidencias para crear una forma de administrar justicia con un énfasis muy claro en la “administración”, pero quizá con poca finesa al reflejar resultados justos, precisamente.

En esa línea discursiva, la Política Nacional de Competitividad y Productividad, aprobada por el Ministerio de Economía y Finanzas (Decreto Supremo 345-2018-EF), vincula al costo del despido con las decisiones de contratación de las empresas. Así, con apoyo en literatura, el instrumento de política pública refiere que el crecimiento del empleo se encuentra condicionado por el coste que tiene que asumir un empresario para despedir, sugiriendo de forma clara el camino que debería seguirse al comparar el costo de la indemnización por despido arbitrario en Perú con la fijada en Chile, Colombia y México (países en donde la indemnización está fijada en niveles mayores a los establecidos en nuestro país). Esto sugiere un desarrollo normativo al que habrá de prestar atención en el complejo escenario político de los próximos años, ya que, si bien el Plan Nacional de Competitividad y Productividad nada dice sobre este tema en particular, ello no impide a que se operen reformas desde el Congreso de la República en este mismo sentido.

Consecuentemente, es posible al menos poner en debate la pertinencia de concebir al despido como manifestación de la libertad de empresa. Sobre el particular, por ejemplo, Baylos y Pérez<sup>29</sup> argumentan que este poder fáctico no puede considerarse dentro de aquel derecho constitucional. Esta entrada motiva a recordar que el efecto del despido no puede ser apreciado únicamente desde una visión contractualista. Antes bien, es necesario apreciar junto con los autores citados que el despedido es una persona que adquiere un estatus social y cultural determinado, una persona despojada del factor del que dependen su cualidad social y los referentes de su vida social<sup>30</sup>.

Por ello, no parece quedar claramente establecida la justificación con la cual el legislador o el juzgador parecen apropiarse de la posición de elegir o desechar una forma tutela (la restitutoria) cuya raigambre constitucional es evidente desde la garantía del derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución) y con el refuerzo que la jurisprudencia constitucional ha fijado.

El modelo de impugnación del despido parece requerir de la dualidad entre las tutelas restitutoria y resarcitoria dentro de un sistema democrático de relaciones laborales. No tanto como la manifestación de un derecho de opción de los demandantes de una de aquellas formas de protección jurídica; sino por el hecho de generar respuestas proporcionadas desde el ordenamiento jurídico para formas calificadas de despido que pueden representar afectación absoluta por el derecho a la estabilidad en el empleo.

29 Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado* (Madrid: Trotta, 2da edición, 2009): 96-97.

30 Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey, *El despido o la violencia del poder privado*, 44.

Se corre el riesgo de que la indemnización por despido pueda encerrar en sí una fórmula monetaria para afrontar ciertos tipos de afectaciones de derechos fundamentales, fórmula que, desde luego, puede ser inadecuada para enfrentar muchas formas de rupturas unilaterales y arbitrarias del contrato de trabajo. Con razón se ha dicho que el despido libre indemnizado (un régimen de tutela resarcitoria robustecida frente a la idea de la reducción de los supuestos de readmisión en el empleo hasta figuras de excepción) es resultado de una concepción neoliberal de las relaciones de poder que instrumentaliza al Derecho del Trabajo dentro de la consecución del llamado *pleno empleo*, pero que tiene por efecto también a la individualización y a la precarización del trabajo<sup>31</sup>. Ciertamente, la revisión de los actuales instrumentos de política existentes deja entrever, desde su redacción, la inspiración ideológica que padecen; y en su forma de gestación y aprobación al marcado unilateralismo que niega el papel institucional que tiene la concertación laboral como manifestación del principio democrático.

Como se aprecia, la indemnización por despido arbitrario como solución de política laboral se encuentra dentro de un entredicho dados sus límites para poder prevenir y erradicar malas prácticas empresariales. Frente a una acusada falta de predictibilidad de las consecuencias jurídicas del despido (dados los resultados a los que la judicatura arriba) parece necesario afirmar que tal observación no enerva al hecho de que la tutela de derechos fundamentales a través de la impugnación del despido no parece agotarse con una limitación de los supuestos de readmisión al puesto de trabajo.

### **5. Colofón: ¿Y el deber de fomento de la negociación colectiva? La desaparición de la flexibilidad negociada en el discurso a favor de la revisión del régimen de estabilidad en el empleo.**

Aquí se pone en relieve a una de las omisiones más “estruendosas” dentro de los discursos que propugnan la reducción de estándares, mínimos normativos y controles de efectividad de normas de trabajo.

La concertación laboral, cuando menos, genera desinterés entre quienes propugnan dogmáticamente al despido libre como solución a los males socioeconómicos del país. Sin embargo, el modelo de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho al que nos adscribimos demanda, precisamente, la consideración de esa fórmula. Es quizá tiempo de poder fomentar el diálogo social respecto del despido y los mecanismos de compensación que pudieran concurrir junto con las tutelas jurídicas frente a tal ruptura unilateral del contrato de trabajo, a fin de poder contrastar nuestras propias ideas y prejuicios con la información más objetiva que pueda ser erigida como punto de partida de un nuevo consenso.

No puede dejarse de lado el que la figura del despido es una institución funcional para el correcto desempeño del mercado de trabajo: no puede concebirse un sistema que obligue a empleadores a seguir empleando a personal que ofrece discretos márgenes de productividad, una mala conducta en el trabajo o que adquieran una condición médica por causa ajena a la laboral que les impida realizar el objeto de la prestación del contrato de trabajo (siendo todos estos puntos de necesaria inclusión dentro de una futura reforma). Pero, junto con ello, tampoco es congruente con los principios y derechos fundamentales de nuestro ordenamiento el sostener como viable a cualquier iniciativa de despido libre.

Un aspecto crucial para el desarrollo de la concertación laboral es el del fomento de la negociación colectiva y la adopción madura de los convenios colectivos como forma de plasmar el interés patronal y trabajador. Regulaciones delegadas a la autonomía colectiva pueden ofrecer un espacio de realización de la estabilidad laboral sin que con ello peligre ninguno de los bienes jurídicos o intereses tutelables que se suelen presentar como contrargumentos que hacen frente a la estabilidad laboral.

Podrá decirse que la negociación colectiva poco tiene que ver con la regulación del despido y el tema que aquí nos ha preocupado: la estabilidad laboral. Sin embargo, esa aseveración no toma en cuenta que muchos pliegos de reclamos sindicales tienen que ver, precisamente, con afectaciones a la estabilidad laboral, de los afiliados a la organización sindical o incluso de los participantes en la comisión negociadora. Incluso, es cada vez más usual encontrar como contenido de los pliegos de reclamos la redacción de una cláusula en clave propositiva orientada a la reposición de trabajadores despedidos en función de una sustentación como la antes narrada; del mismo modo un número importante de huelgas tiene como objeto el reclamo del cumplimiento de normas laborales y el cese de actos equiparables al despido (desde la no renovación de contratos temporales hasta la práctica de represalias como formas de hostilidad laboral). De acuerdo con esa evidencia, el tema de la estabilidad laboral no solamente forma parte de la pragmática sindical, sino que, de facto, está en el centro de muchas demandas. Considerando esto, una gestión adecuada de

31 José Monereo, “¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho «al trabajo» en la «sociedad de riesgo»?” *Temas laborales*, N° 126 (2014): 65-67.

la prevención y del manejo de conflictos laborales implica que el Estado se formule las actividades de promoción de la negociación colectiva también desde este importante eje.

## 6. Bibliografía

Baylos, Antonio. Creación de Empleo, Mercado de Trabajo y Derecho del Trabajo: El caso español. *Derecho & Sociedad*, N° 30. 2008.

Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta, 2da edición. 2009.

Boza, Guillermo. Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. *Themis*, N° 65.

Blancas, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2011.

Castillo-Córdova, Luis. ¿Un Tribunal Constitucional que gobierna?. *Pensamiento Constitucional* núm. 21. 2016.

Correa Henao, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008.

Cuadros, Fernando. Situación del mercado de trabajo y costos laborales en el Perú. *Laborem*, N° 17. 2016.

Cuadros, Fernando. Rigidez laboral y contratación temporal en el Perú. Entre el mito y la falacia En *Análisis laboral* núm. 487. 2018.

Cuadros, Fernando. Eje laboral de la Política de Competitividad y Productividad ¿Más de lo mismo?. *Análisis Laboral*. N° 500, AELE, mayo. 2019.

Cuadros, Fernando y Sánchez, Christian. La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida. *Asesoría laboral*, N° 453. 2007.

Gutiérrez-Solar, Beatriz. La extensión del ámbito subjetivo del derecho del trabajo. En *Cuadernos de relaciones laborales* N° 02. 2007.

Jaramillo, Miguel. La perspectiva económica de la regulación laboral y la legislación laboral peruana. *Laborem*, N° 17. 2016.

Jaramillo, Miguel, Julio Almonacid y Luciana de la Flor. *Los efectos desprotectores de la protección del empleo: el impacto de la reforma del contrato laboral del 2001*. Grade, Avances de Investigación núm. 30. 2017.

Ku, Lily. Encubriendo los efectos de las reformas laborales de los noventa y las debilidades institucionales de la inspección del trabajo. El supuesto academicismo del discurso de la flexibilización laboral. *Soluciones Laborales*, N° 122. 2018.

Ministerio de Economía y Finanzas. Política Nacional de Productividad y Competitividad. Lima: Diario Oficial El Peruano, cuadernillo especial. 2018.

Mendoza, Luis e Ítalo Mórtoła. Informalidad laboral e inspección del trabajo: reglas nuevas para un viejo problema. En *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho de la PUCP en su centenario*. S. Quiñones (coordinador), 325-338. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2019.

Monereo, José Luis. ¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho al trabajo en la sociedad de riesgo?. *Temas laborales*, N° 126. 2014.

Neves, Javier. El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral. *Themis* núm. 67: 227-232. 2015.

Organización Internacional del Trabajo. *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo, adoptada por la conferencia en su centésimo octava reunión*. Ginebra: OIT. 2019.

Puntriano, César. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección contra el despido de los trabajadores que ocupan puestos de dirección o de confianza. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Laborem*, N° 8. 2008.

Ruiz, Ramón. La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho. *Derecho y Realidad*, N° 20. 2012.

Saavedra, Jaime y Eduardo Maruyama. *Estabilidad laboral e indemnización: efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano*. Grade, Documento de trabajo núm. 28. 2000.

Sánchez, Christian. Comentarios sobre el numeral 2.5 de la Política Nacional de Competitividad y Productividad denominado «Crear las condiciones para un mercado laboral dinámico y competitivo para la generación de empleo digno». En *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho de la PUCP en su centenario*. S. Quiñones (coordinador), 355-372. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2019.

Sanguinetti, Wilfredo. La reconstrucción jurisprudencial del Derecho del Trabajo en la Experiencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Derecho & Sociedad*, N° 30. 2008.

Standing, Guy. *The precariat. The new dangerous class*. Londres: Bloomsbury Academic. 2009.

Supiot, Alain. “¿Cuál es la justicia social internacional para el siglo XXI?” *Laborem*, N° 19. 2016.

United States Department of Labor. *Peru 2017 Human Rights Report*. Washington: United States of America Government. 2017.