

ESTABILIDAD LABORAL: 43 AÑOS DESPUÉS

ALFONSO DE LOS HEROS⁽¹⁾

La estabilidad en el trabajo, es entendida como la continuidad en el empleo, que es el derecho del trabajador para permanecer en el empleo mientras este subsista o cuando no exista causa justificada para poner fin a la relación de trabajo. También es entendida como el derecho del trabajador, a su sola elección, de recuperar su puesto en caso de despido injustificado o, alternativamente, obtener una indemnización como reparación.

La estabilidad de entrada, como preferencia por la relación a plazo indeterminado, limitando la contratación temporal a situaciones propias de la naturaleza de esta modalidad, así como limitando la contratación indirecta y la estabilidad de salida que limita la posibilidad de terminar la relación laboral por decisión del empleador, frente a la estabilidad relativa que admite la terminación de la relación laboral por decisión del empleador mediante el pago de una indemnización, son los elementos de la polémica recurrente en nuestro país desde que se estableció la estabilidad absoluta en 1970.

En agosto de 2004, habíamos publicado en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa, un artículo sobre la estabilidad laboral. Hoy a 43 años de la aparición de esta figura en la legislación nacional y a los diez años de dicha publicación, hemos querido actualizar estos comentarios a través de este trabajo.

Como antecedente, la Constitución mejicana de Querétaro de 1917 establecía en su artículo 223 la estabilidad en los casos de despido sin causa

(1) Abogado. Socio del Estudio Ehecopar. Ex Ministro de Trabajo y Promoción Social.

justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato o por realizar una huelga lícita, señalando que este despido daba lugar, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo.

El Convenio 158 de la OIT en su artículo 4 establece que “no se podrá poner término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”, señalándose también en el artículo 10 que la reparación puede consistir en la readmisión en el trabajo o en el pago de una indemnización, quedando la readmisión librada a criterio de cada legislación nacional. Puede observarse que este convenio admite una estabilidad absoluta o una relativa, dependiendo de lo que decida cada legislación nacional.

Esta misma opción está permitida por el Protocolo de San Salvador, lo que revela que la legislación internacional es flexible, como lo es también el derecho comparado, tal como se verá más adelante.

Generalmente, la estabilidad en el trabajo se ha fundamentado en el concepto del derecho al trabajo que es consagrado por múltiples legislaciones y que en el caso peruano aparece tanto en la Constitución de 1979 (artículo 42) como en la de 1993 (artículo 22).

Desde luego que en la doctrina, el principio de continuidad o estabilidad es recogido en el sentido de que todo trabajador tiene derecho a trabajar mientras quiera y mientras pueda y que para que se le prive del empleo debería existir una causa justa.

Para Américo Plá⁽²⁾ la continuidad tiene que ver con el plazo indefinido de los contratos, la amplitud para aceptar transformaciones del mismo, la facilidad para mantenerlo a pesar de incumplimientos o nulidades, la resistencia a admitir su resolución unilateral, la interpretación de las interrupciones como simples suspensiones y la prolongación del contrato en caso de sustitución del empleador. Distingue claramente entre continuidad y estabilidad al señalar que esta última tiene importancia solamente en lo que se refiere a la terminación del contrato de trabajo.

A este respecto, es importante tener en cuenta que el concepto de terminación no necesariamente implica despido, pues el despido es la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador, sea esta causada o incausada,

(2) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 2ª edición, Depalma, Bs. Aires, 1978, p. 157

mientras que la terminación puede deberse a otras múltiples causas como pueden ser las necesidades de la empresa, el caso fortuito o la fuerza mayor, la liquidación y otras causas similares.

El Convenio 158 de OIT alude a la terminación y no al despido, incluyendo los casos relacionados con la conducta o capacidad del trabajador y las necesidades de funcionamiento de la empresa.

Las medidas reparadoras del despido injustificado se reducirían entonces, dentro del marco planteado, a la readmisión o a la indemnización, la cual puede revestir diversas modalidades.

Al final, el punto central y de equilibrio de un régimen jurídico en esa materia, parecería estar en la posibilidad de determinar quién es la persona, si el trabajador o el empleador, quien debe elegir la opción entre readmisión e indemnización anteriormente planteada.

Si es el primero, estaremos dentro de un régimen de estabilidad absoluta o como algunos la denominan, de propiedad en el puesto o en el trabajo. Y si es el segundo, estaremos frente a un régimen de estabilidad relativa, en el sentido de que la opción al ser ejercida por el empleador limitaría eventualmente la posibilidad de que el trabajador continuara en el empleo contra la voluntad de aquel.

La discusión se centra entonces en quién tiene la posibilidad de decidir la reinstalación, ya que, de ser el empleador, la indemnización dependerá, en caso que esta se plantee, si se prueba o no la existencia de la causal invocada, como es el caso de la falta grave, o cuando se da el caso del despido abierto y unilateral, en el necesario pago de la indemnización como única sanción al empleador. De estar la decisión en manos del trabajador, este podrá obtener la reinstalación por encima de la voluntad del empleador.

Hay casos en que la reinstalación no tiene la menor importancia o efecto en la empresa por diversas razones, tales como el escaso efecto de la misma frente al colectivo laboral, o el tamaño de la empresa, o la categoría del trabajador, entre otras. Sin embargo, puede ocurrir que en determinados casos presente para el empleador un problema que puede comprometer eventualmente el poder directivo y la posibilidad de la adecuada conducción de la empresa, como ocurre cuando una empresa es pequeña o la categoría del trabajador es alta y la reposición causa conflictos internos y una mala relación laboral, comprometiendo en la práctica el manejo real de la empresa y el futuro laboral del subordinado, más allá de aceptar que, en teoría, no debería darse ninguna represalia y que el poder directivo, en la práctica, queda mellado y cuestionado cuando no prevalece.

También podría darse como una solución posible, aunque no ideal, que sea el juez quien decida y se atenga a criterios obvios de calificación, para optar entre reinstalación e indemnización, como por ejemplo, que a más alta categoría corresponde menor estabilidad, al igual que la cercanía a la dirección de la empresa, o el cargo de confianza, o las funciones de responsabilidad; también que el tamaño de la empresa es determinante para establecer la conveniencia entre reinstalación e indemnización, sin provocar una conflictividad a futuro dentro de la misma.

El problema de fondo es que la ley no puede contemplar todos los problemas humanos que existen dentro de la relación laboral, por lo que, en lo posible, la solución legislativa debe ser equilibrada y no extrema, es decir, no otorgando todo el poder a una de las partes de la relación, pero haciendo posible que el conflicto se pueda resolver de manera razonable, cuidando los intereses de ambas.

Vale la pena recordar que en el año 2004 se concertó un proyecto de norma constitucional equilibrado, formulado con representación tripartita de trabajadores, empleadores y Estado, que fuera promovido por el Congreso de la República, con el compromiso de respetarlo tal cual se formulara, cosa que no ocurrió. El proyecto señalaba, en la parte pertinente de su artículo 51, lo siguiente:

“El despido requiere de causa justificada señalada en la ley. En caso de despido injustificado el trabajador tiene derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación, en la forma prevista por la ley. Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución”.

Esta fórmula en realidad proviene de la aprobada en el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocida como Protocolo de San Salvador, suscrito el 17 de noviembre de 1988 y aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448.

Esta disposición remite a la ley la forma de reparar el daño, tal como lo hizo la Constitución de 1993 vigente.

La Ley del Empleado N° 4916

La Ley del Empleado N° 4916, el 7 de febrero de 1924, permitía el despido mediante aviso previo o el pago de una indemnización equivalente. No ha existido en el Perú estabilidad absoluta en el empleo desde su promulgación.

Este sistema navegó sin mayores tropiezos durante 46 años en nuestra realidad laboral, hasta la dación de la norma que estableció la estabilidad en el empleo.

El Decreto Ley N° 18471: aparición de la estabilidad laboral en el Perú

En el año de 1970 aparece en el Perú la estabilidad en el empleo al promulgarse el Decreto Ley N° 18471 el 10 de noviembre de dicho año, como producto de una decisión política de la dictadura militar que gobernó el Perú entre 1968 y 1980.

Según esta ley, el derecho a la estabilidad era adquirido por el trabajador al cumplir el periodo de prueba de tres meses, momento a partir del cual no podría ser despedido, salvo que hubiera cometido falta grave o que se tratase de un caso de reducción de personal o de cierre de la empresa.

Además, en caso de producirse un despido injustificado, el trabajador tenía derecho a elegir entre la reposición y una indemnización de carácter económico. La opción por la reposición era compulsiva, sin lugar a recurso alguno.

Por otro lado, los demás casos en que era posible la terminación de la relación laboral, estaban vinculados a las causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor que hicieran necesario reducir personal o despedirlo en su totalidad, previa autorización del Ministerio de Trabajo y después de seguir un procedimiento administrativo que permitía a las partes acordar la terminación estableciendo las condiciones de la misma y sometiendo este acuerdo a la aprobación de la autoridad de trabajo para su validez.

Esta norma se refiere a la estabilidad de salida, pero para la estabilidad de entrada contábamos simplemente con el Decreto Ley N° 18138 del 6 de febrero de 1970, que establecía que los contratos de trabajo individuales a plazo fijo o para obra determinada solo podían celebrarse en los casos que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar, caso contrario se reputarían a tiempo indeterminado.

El control de esta forma de estabilidad estaba a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo que tenía que aprobarlos para su validez. Si bien esta fórmula podía ser utilizada por algunos empleadores para evitar los efectos de la estabilidad de salida, existía el riesgo de la presunción de plazo indeterminado y estaba de por medio la discrecionalidad de la Autoridad Administrativa de Trabajo que actuaba con rigidez en esta materia.

El Decreto Ley N° 22126: modificación del régimen de estabilidad

El 21 de marzo de 1978, por Decreto Ley N° 22126 se estableció una norma sustitutoria del Decreto Ley N° 18471, ampliándose el plazo de adquisición de la estabilidad laboral absoluta a tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador, periodo en el cual, el trabajador podría ser despedido sin causa justa mediante preaviso de 90 días o el pago de la indemnización correspondiente. Esta era una fórmula que volvía temporalmente, durante los tres primeros años de servicios, al antiguo régimen de no estabilidad, o estabilidad relativa impropia.

Como consecuencia de esta modificación legislativa, el trabajador al cumplir los tres años de servicio, adquiría la estabilidad absoluta en el trabajo en las mismas condiciones que las establecidas en el decreto ley modificado y con las mismas excepciones de aquel.

Cabe indicar sin embargo, que el Decreto Ley N° 22126 otorgó un beneficio especial como excepción al plazo de tres años, en favor de los dirigentes sindicales, dejando a criterio de la autoridad administrativa de trabajo el número de dirigentes sindicales que gozarían de protección.

Al mismo tiempo, se amplió la lista de faltas graves y se incluyeron las faltas del empleador como situaciones que permitían la correspondiente reclamación del trabajador o el considerarlas como actos de hostilidad que podían ser interpretados como despido indirecto.

Constitucionalización de la estabilidad laboral

En 1979, la Constitución fruto de la asamblea constituyente convocada por la dictadura militar consagró en su artículo 48 la estabilidad laboral señalando que: *“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa señalada en la ley y debidamente comprobada”*.

Esta fórmula permitía, desde luego, optar por una estabilidad relativa, pues podría haberse legislado en el sentido de que la opción entre reposición e indemnización correspondía al empleador. Sin embargo, teniendo en cuenta la legislación infraconstitucional existente y la tendencia política imperante, se consideró que la intención de la norma era optar por la estabilidad absoluta y que la opción correspondía al trabajador.

Al obtener este derecho rango constitucional, la legislación subsecuente debía contemplarlo necesariamente, como ya lo hacían las normas vigentes del Decreto Ley N° 22126, tema que fue materia de discusión como se verá más adelante.

Teniendo en cuenta que la norma constitucional no era programática sino dispositiva, resultaba por sí sola suficiente para ser de obligatoria observancia, aún si no hubiera existido un desarrollo legislativo posterior.

La Ley N° 24514 modifica la estabilidad laboral

Comoquiera que no existía norma legal posterior que recogiera la disposición constitucional recién establecida, se discutió durante los años siguientes si el Decreto Ley 22126 era o no constitucional y sobre si era o no necesario dar nuevas normas sobre la materia.

Esta decisión recién llegó con la Ley N° 24514 que se promulgó el 4 de junio de 1986, entrando en vigencia el día 6 del mismo mes y año.

Esta ley regresó a la estabilidad absoluta al cumplirse el periodo de prueba de tres meses, a partir del cual, la relación de trabajo solamente podía concluir por las causas justificadas señaladas en la ley. Entre ellas, se encuentran las relacionadas con la conducta y la capacidad del trabajador, así como por las situaciones especiales o excepcionales de la empresa.

El ámbito de esta ley es el de los trabajadores de la actividad privada, cualquiera sea la naturaleza del patrimonio de su empleador o la modalidad empresarial que adopte. Quedaron excluidos los trabajadores temporales, los que trabajaban una jornada menor a cuatro horas y las actividades industriales de bienes de exportación no tradicional, zonas francas y el Programa Ocupacional de Emergencia (Proem). También aquellos trabajadores que siempre estuvieron excluidos por la naturaleza de su trabajo, como domésticos, choferes particulares, construcción civil, deportistas, artistas y trabajadores extranjeros.

El régimen del Proem aparecido un mes después de la Ley de estabilidad laboral N° 24514 y aprobado por Decreto Supremo N° 18-86-TR del 28 de julio de 1986, bajo el pretexto de combatir el desempleo, era un contrasentido respecto a la estabilidad, pues permitía una contratación temporal libre, que podía no estar vinculada a la naturaleza o necesidad de las labores temporales que se contrataban, que podía prorrogarse a cada vencimiento y que dejaba sin trabajo al trabajador en razón del plazo, a pesar de estar desempeñando una labor permanente.

Este tratamiento legislativo contradictorio, de estabilidad absoluta por un lado e inestabilidad absoluta por el otro, fue pues una solución pragmática y criolla disparada con una escopeta de dos cañones. Además, fue fuente de una mala costumbre empresarial que ha sobrevivido hasta hoy, a pesar de ya no existir el Proem, que es la de contratar a plazo fijo a los trabajadores, aun cuando la naturaleza de la prestación no sea temporal.

El Decreto Supremo N° 016-91-TR

El Decreto Supremo N° 016-91-TR, de marzo de 1991, dictó normas ampliatorias y modificatorias del Decreto Supremo N° 03-88-TR del 4 de febrero de 1988, reglamentario de las normas sobre la estabilidad laboral, precisando sus alcances en caso de dos o más empleos, sobre los efectos del reingreso con relación al periodo de prueba, sobre la necesidad de comprobación objetiva laboral de la falta grave con prescindencia de las connotaciones penales que pudieran existir, sobre la precisión del tratamiento de las faltas graves y las reglas para su aplicación, sobre la aplicación del principio de inmediatez y el derecho de defensa, sobre las acciones del trabajador contra el despido, la inclusión de los trabajadores de confianza en la ley y las situaciones excepcionales de la empresa.

Mediante Decreto Supremo N° 032-91-TR del 17 de octubre de 1991 se aprobó el Texto Único Ordenado de las normas reglamentarias sobre estabilidad laboral.

El Decreto Legislativo N° 728: norma de flexibilidad laboral

Con fecha 8 de noviembre de 1991, al amparo de la delegación de facultades legislativas otorgadas por la Ley N° 25327, se expidió el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, que tuvo como objetivo flexibilizar el marco legal rígido que caracterizaba a nuestro país en materia de trabajo y propiciar una legislación flexible que permitiera un mayor acceso al trabajo.

En materia de estabilidad, esta norma estableció la posibilidad de que el juez pudiera ordenar el pago de la indemnización en vez de la reposición cuando esta resultara inconveniente dadas las circunstancias. La indemnización era equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, con un mínimo de tres y un máximo de doce remuneraciones mensuales.

También se agregan como causas justas de despido aquellas relacionadas con la capacidad del trabajador, en concordancia con el Convenio 158 de OIT.

En la Segunda Disposición Transitoria y Final de esta ley, se estableció el respeto a la condición más beneficiosa, reconociendo el derecho de los trabajadores con contrato vigente al momento de su promulgación a continuar amparados en la legislación anterior.

Conviene señalar que las acciones constitucionales presentadas ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, para obtener la declaración de inconstitucionalidad de esta norma, no prosperaron y que el Decreto Legislativo N° 728, se promulgó estando vigente la Constitución de 1979.

La Constitución de 1993

El Congreso Constituyente que preparó la Constitución de 1993, cambió totalmente el panorama de la legislación laboral, al establecer en su artículo 27, en materia de estabilidad laboral, lo siguiente: “*La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”.

Si nos atenemos al significado del texto constitucional, lo que nos dice la norma es que la ley es la que definirá el grado de protección en caso de despido arbitrario.

El Protocolo de San Salvador, anteriormente mencionado, señala claramente que en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización, o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional. Dado el texto constitucional comentado, la legislación nacional podía prever cualquiera de las soluciones señaladas en el Protocolo de San Salvador.

El Convenio 158 de OIT señala específicamente que la legislación nacional puede ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere adecuada, como alternativa a la readmisión. Acepta, pues, tanto la estabilidad absoluta como la relativa.

Ricardo Marcenaro Frers señala muy bien que existía la posibilidad de incluir en el texto constitucional la estabilidad absoluta, pero que lo moderado y ecuánime era encontrar una solución que permitiera mayor flexibilidad al legislador futuro. “*En consecuencia, la Constitución reconoce la estabilidad laboral pero deja a la legislación que establezca el tipo de protección que se le desee brindar al trabajador*”⁽³⁾.

Debe tenerse presente que la solución peruana de 1993, se inscribía además, dentro de un contexto mayoritario en el orden constitucional, pues a la sazón de dieciocho constituciones latinoamericanas solo dos reconocían la estabilidad absoluta, Honduras y México y de veinticinco constituciones europeas solamente Portugal la admitía⁽⁴⁾.

(3) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*, Cultural Cusco, 1995, p. 170.

(4) *Ibíd.*, p. 171.

Modificaciones a la Ley de Fomento del Empleo - La Ley N° 26513

Esta ley modificó más de cuarenta artículos y derogó más de veinte del Decreto Legislativo N° 728.

En materia de estabilidad laboral, la norma más importante es aquella del artículo 71 que señala que si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 76 como única reparación por el daño sufrido.

El mismo artículo señala que en caso de despido nulo cabe la reposición, salvo que el trabajador opte por la indemnización.

Vemos pues cómo esta ley define el criterio de estabilidad relativa en el despido directo o arbitrario y de estabilidad absoluta en los casos de nulidad (por despido en agravio de la sindicalización, o por ejercer derechos de demanda o denuncia contra el empleador, o por discriminación sexual, racial, religiosa, de opinión o idioma, o por embarazo, según el artículo 65), salvo que el trabajador opte por la indemnización.

Modificaciones posteriores a la Ley de Fomento del Empleo

Mediante Decretos Legislativos N° 855 de 25 de setiembre de 1996 y N° 871 de 31 de octubre de 1996, que fueron promulgados por delegación de facultades establecidas en la Ley N° 26648, prorrogada por las Leyes N°s 26648 y 26679, se modificó el Decreto Legislativo N° 728.

La indemnización por despido arbitrario, que originalmente fue de una remuneración ordinaria mensual por cada año de servicios, con un tope de doce remuneraciones mensuales (artículo 76 de la Ley N° 26513) fue modificada posteriormente a una remuneración y media mensual por cada año de servicios, con un tope de doce remuneraciones mensuales, según el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 871, del 31 de octubre de 1996, aclarado mediante “Fe de erratas” publicada el 2 de noviembre de 1996.

En general, el Decreto Legislativo N° 728 y sus normas modificatorias, han sido materia de dos Textos Únicos Ordenados, por mandato del Decreto Legislativo N° 855, que son los Decretos Supremos N° 002-97-TR y N° 003-97-TR, ambos del 21 de marzo de 1997, que recogen las normas antes comentadas.

El segundo, llamado Ley de Productividad y Competitividad Laboral, recoge las normas sobre estabilidad laboral que hemos comentado, según las cuales, en armonía con el artículo 27 de la Constitución Política del Perú, la adecuada protección contra el despido arbitrario es la indemnización, según opción de la ley peruana y en concordancia con el Protocolo de San Salvador

y el Convenio N° 158 de OIT (artículo 34 del TUO de la LPCL, Decreto Supremo N° 003-97-TR).

A pesar de lo expuesto hasta ahora, existe en la actualidad, sin embargo, una situación algo incierta debido a ciertos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que pasaremos a analizar y que han modificado el criterio de interpretación del artículo 27 de la Constitución vigente, que permitía la solución indemnizatoria y que pacíficamente venía siendo admitido no solamente por abogados, especialistas, centrales sindicales y tribunales, sino en especial por los fundamentos dados al momento de formarse el texto constitucional de 1993, por quienes fueron los autores de dicha norma en el Congreso Constituyente.

La norma vigente era y es perfectamente válida, aunque algunos pudieran discrepar de ella y prefirieran otras soluciones legislativas.

A este respecto, Blancas⁽⁵⁾ nos dice que el artículo 27 de la Constitución “exterioriza una inequívoca voluntad proscriptora de esta clase de despido (el arbitrario), razón por la cual la doctrina nacional coincide en opinar que la norma constitucional tiene como contenido mínimo la interdicción de la arbitrariedad del despido, y que, en tal sentido reconoce su carácter causal y la consiguiente invalidez del despido ad nütum, pero deja a criterio del legislador elegir entre la reposición o la indemnización, como medida reparadora del despido arbitrario”.

Precisamente eso es lo que la ley ha hecho, ha elegido a la indemnización como medio para reparar el despido arbitrario, en concordancia con la Constitución, con el Protocolo de San Salvador y con el Convenio 158 de OIT.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

A pesar de que desde 1991, bajo la vigencia de la Constitución de 1979 y luego a partir de 1993, durante la vigencia de la actual Constitución, los tribunales ordinarios, el Tribunal de Garantías Constitucionales (vigente hasta 1993) y el Tribunal Constitucional (vigente a partir de 1993), han venido aceptado en forma pacífica, en primer lugar, la solución normativa del Decreto Legislativo N° 728 y luego la interpretación del artículo 27 de la Constitución vigente, en el sentido de que es la ley la que otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, aceptando la opción indemnizatoria

(5) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. ARA, Lima, 2002, pp. 117-118.

como única, en los últimos tiempos, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha expedido resoluciones contradictorias en esta materia.

Así, mientras una serie de sentencias del Tribunal Constitucional admitieron la validez de la opción indemnizatoria contenida en el artículo 34 del TUO de la LPCL, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, tales como las del 28 de setiembre de 1998 (Exp. N° 597-96-AA/TC), del 10 de agosto de 1999 (Exp. N° 441-99-AA/TC) y del 16 de junio de 2000 (Exp. N° 1065-99-AA/TC); sin embargo, otras han establecido nuevos criterios que no parecen fluir necesariamente de una interpretación del artículo 27 de la Constitución de 1993, ajustada no solamente a su texto sino al criterio establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, según la cual, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con los tratados internacionales sobre la misma materia, ratificados por el Perú.

En efecto, las sentencias del 11 de julio de 2002 (Exp. N° 1124-2001-AA/TC), del 9 de octubre de 2002 (Exp. N° 1397-2001-AA/TC), del 29 de enero de 2003 (Exp. N° 1400-2002-AA/TC), del 13 de marzo de 2003 (Exp. N° 976-2001-AA/TC) y del 28 de noviembre de 2003 (Exp. N° 963-2002-AA/TC), establecen un nuevo criterio según el cual la terminación de la relación laboral, solo puede sustentarse en causa justa establecida por la ley, pues de lo contrario sería un despido arbitrario proscrito por el artículo 22 de la Constitución y carente de efecto legal.

En la acción de amparo que corre en el Expediente N° 976-2001-AA/TC interpuesta por don Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A., el Tribunal Constitucional con fecha 13 de marzo de 2003, resolvió declarando fundada la acción, con base en criterios que explican más en detalle lo señalado en las otras sentencias antes mencionadas.

Los argumentos de esta sentencia, son en síntesis los siguientes:

- a) que la “adecuada protección” contra el despido arbitrario a que se refiere el artículo 27 de la Constitución, no permite que como única reparación se establezca la indemnización, pues la decisión de optar entre indemnización y reposición corresponde al trabajador;
- b) que el despido fundado únicamente en la voluntad del empleador es nulo y por consiguiente carente de efecto legal;
- c) que el trabajador que opta por la indemnización debe recurrir a la justicia laboral ordinaria y no a la constitucional. La jurisdicción ordinaria en este caso no tiene facultad para ordenar la reposición;

- d) que si el trabajador opta por la justicia constitucional, vía acción de amparo, esta es restitutoria, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación constitucional, con lo cual podrá lograr la reposición en el trabajo;
- e) que si se requiere etapa probatoria, el trabajador deberá acudir a la vía ordinaria y no a la constitucional, pues esta carece de estación probatoria. Si lo hace, el Tribunal Constitucional, la declarará improcedente;
- f) que en los casos de nulidad de despido, tanto la justicia ordinaria como la constitucional son competentes; y
- g) que el amparo procede a decisión del trabajador en los siguientes casos: despido nulo, incausado o arbitrario y fraudulento.

Los casos Cossio Tapia (Exp. N° 1112-98-AA/TC) que califica el despido que lesiona un derecho fundamental, y Fetratel (Exp. N° 1124-2001-AA/TC) que hace incompatible el despido incausado con el derecho al trabajo, configuran junto al caso Llanos Huasco los criterios del Tribunal Constitucional que rigen hasta ahora.

En realidad es un error del Tribunal fulminar a la indemnización como única reparación, no solamente por lo expuesto líneas arriba respecto a las normas internacionales, sino en especial por lo dispuesto en el texto expreso del artículo 27 de la Constitución, que delega a la ley tal facultad. Por ello resulta arbitrario señalar sin mayor fundamento que la indemnización no es una adecuada protección contra el despido arbitrario.

Además, el Tribunal está confiriendo al trabajador la atribución de optar entre despido y reposición, opción que la ley no le confiere, salvo en caso de nulidad de despido.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha obviado en este caso la Cuarta Disposición Final de la Constitución que ordena interpretar las normas relativas a los derechos laborales conforme a los tratados internacionales, en este caso el Protocolo de San Salvador.

En la práctica, el Tribunal y la tendencia de los fallos actuales, nos ha hecho regresar a la estabilidad absoluta de los años 70, a pesar de que la Constitución y la ley no la prescriben, enturbiando así el ambiente laboral, despojando de certidumbre a las partes de la relación laboral y creando tensión en las relaciones de trabajo. Sin embargo, en caso del personal de confianza y de dirección, el Tribunal se contradice pues admite que pueda despedirse por pérdida de la confianza y que la protección adecuada es la indemnización (Exps. N°s 2358-2005-PA y 0351-2006-PA/TC).

Los criterios señalados pueden generar además la posibilidad de alentar malas prácticas laborales y empresariales, fomentando la informalidad, encareciendo los costos laborales, creando incertidumbre y desconfianza en las decisiones judiciales y perjudicando el empleo.

La amparización del conflicto laboral es otra de las consecuencias de estas decisiones, limitando la presencia de los jueces especializados en el conflicto laboral e introduciendo a los jueces civiles en un mundo que no conocen, con la consiguiente desventaja para las partes por los errores judiciales que se puedan cometer y con el riesgo de vulnerar el debido proceso al obviar la prueba allí donde más se necesita. Ni qué decir de los peligros que para el trabajador representa la posibilidad de equivocarse en la acción a seguir y perder la opción indemnizatoria o retrasar sus expectativas económicas.

En el caso Baylón Flores (Exp. N° 206-2005-AA/TC) se establece en forma vinculante que el amparo solo procede en caso de despido nulo, incausado o fraudulento en caso de que en la vía judicial no sea posible obtener una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o violado. También señala que el amparo no es idóneo para cuestionar la causa justa de despido cuando se requiere actuar elementos probatorios.

Este precedente no ha funcionado en la práctica, pues hay decisiones que no lo observan y disponen la reposición en el trabajo analizando la causa justa de despido.

Además, en alguno de los casos las sentencias del Tribunal Constitucional señalan que tienen efectos solamente para las partes vinculadas al expediente respectivo, pero puede ocurrir que los jueces al pronunciarse sobre un caso concreto, entiendan que de todas o algunas de estas sentencias se desprenden principios de aplicación general que constituyen jurisprudencia obligatoria. Parecería que la incertidumbre podría tornar difícil la decisión judicial, sobre todo si el juez entiende que tal criterio puede ser de obligatoria observancia, sabiendo que si decide apartarse del mismo, tendrá que fundamentar su discrepancia.

El Proyecto de Ley General de Trabajo

Este proyecto presentado al Gobierno a finales del año 2011, por una Comisión de Expertos de la que formé parte junto con los Doctores Carlos Blancas, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Jaime Zavala Costa y Alfredo Villavicencio Ríos, encargada de revisar y actualizar el proyecto preexistente que databa de seis años atrás, señaló en su informe con relación a la protección contra el despido arbitrario que:

“(...) hay que destacar, en primer lugar, que desde el anteproyecto inicial se ha mantenido la gran distinción entre el despido ‘nulo’ que se repara con la reposición del trabajador y que obedece a la existencia de motivos ilícitos que comportan violación de derechos fundamentales, y el ‘despido arbitrario’ que supone el despido basado en una causa justa no probada en el proceso de impugnación del mismo. Este esquema –más allá de las posiciones doctrinales que se puedan sostener al respecto– se consolida con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 976-2001-AA/TC, al considerar que la opción del legislador por la tutela resarcitoria mediante el pago de la indemnización ‘(...) es compatible con los principios y valores constitucionales’. Sin embargo, tanto el proyecto inicial, como el posterior consenso de las partes han estimado necesario reforzar la protección contra el despido arbitrario por la vía de elevar no la cuantía por año de la indemnización, –que sigue siendo de una y media remuneración–, sino el tope máximo de esta, que actualmente es de doce remuneraciones (...) para elevar dicho tope a dieciocho remuneraciones, a los dieciséis años de servicios.

(...)

También se fortalece la figura del despido ‘nulo’ incorporando los lineamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, al caracterizar como tal todo el que vulnera cualquier derecho fundamental y no solo aquellos que subyacen a los supuestos enumerados en el artículo 29 de la ley actual, razón por la cual hemos preferido denominar a esta clase de despido no por su efecto, como sucede actualmente, sino por sus causas, llamándolo por tanto, ‘despido lesivo de derechos fundamentales’. Asimismo se recogen las figuras del despido ‘fraudulento’ y del violatorio del derecho de defensa acuñadas por el TC para sancionar aquellos despidos realizados con manifiesta mala fe al atribuir al trabajador faltas inexistentes, vulnerar el principio de tipicidad, sustentarse en pruebas falsas o fabricadas, o negar al trabajador la posibilidad de defensa, supuestos en los cuales, el despido será declarado nulo”.

“En materia de despido por causas económicas, técnicas, estructurales o análogas, cuando este tiene alcance colectivo se reconoce a favor del trabajador una indemnización conforme a una escala diferente a la que se aplica al despido arbitrario, la cual puede reducirse en un tercio en caso de grave desmedro del empleador. Conviene puntualizar que la idea de indemnizar al trabajador en este supuesto fue objeto de consenso en el CNT. El anteproyecto de 2002 introdujo la figura del ‘despido individualizado’ por dichas causas y al respecto la Comisión ha visto por conveniente rodear al trabajador de mayores garantías respecto de las

previstas en los proyectos revisados, tales como precisar que solo procede cuando el empleador necesita suprimir plazas, otorgar al trabajador una indemnización igual que la del despido arbitrario, condicionar la materialización del despido al pago previo de esta y de los beneficios sociales y, finalmente, sancionar el despido como nulo cuando la causa invocada sea inexistente”.

La normativa propuesta se encuentra en el Título II, Capítulo V del Proyecto. Hasta el presente, sin embargo, el mismo no ha merecido la aprobación por el Congreso, a pesar de tratarse de una propuesta que ha tenido como lineamiento general respetar los consensos tomados en el CNT, apartándose de ellos únicamente cuando se presentaba alguna deficiencia técnica o afectaba la coherencia interna del proyecto, o se trataba de hacer más clara la redacción, o de evitar expresiones ambiguas, confusas o reiterativas, sin afectar el contenido sustancial del consenso (numeral II del informe).

Es de esperar que en un futuro no lejano se apruebe el Proyecto y podamos contar con una norma general que defina lo que ha sido siempre una expectativa de los especialistas y de los ciudadanos: contar con una norma estable, clara y que resuelva los problemas pendientes.

Comentario general

Siempre habrá polémica y nos preguntaremos cuál es la norma adecuada y de equilibrio. Creemos que la solución constitucional del 93 lo es, coincidiendo con Javier Neves Mujica, citado por Marcenaro Frers en su obra antes citada⁽⁶⁾, cuando señala que la fórmula es acertada por cuanto “su apertura permite al Congreso optar entre una u otra reparación. Como tal no satisface en lo inmediato a empresarios ni a trabajadores que hubieran querido una definición constitucional precisa. Pero nos parece la más conveniente para regular una institución controvertida”.

Ahora que contamos con un Proyecto de Ley General de Trabajo que no ha hecho otra cosa que respetar los consensos adoptados en el CNT, creemos que es la forma correcta de aplicar la Constitución. Desde luego que habiendo la Constitución destinado en la ley la decisión, esta podría ser modificada en el futuro para hacerla más flexible o más rígida en concordancia con las normas internacionales antes comentadas.

(6) MARCENARO FRERS, Ricardo. Ob. cit., p. 170.

Además, habría que añadir un aspecto poco contemplado por los laboristas, que es el de la interpretación constitucional. García Belaúnde⁽⁷⁾ señala uno de los criterios de interpretación que es de la mayor importancia, el de la presunción de constitucionalidad para no crear inestabilidad en el sistema, de tal manera que debe ser planteada en casos muy serios y abordada con la máxima cautela. También señala la previsión de consecuencias. Posiblemente estos aspectos no han entrado en juego en la decisión del Tribunal Constitucional, a pesar de contar con los antecedentes de la norma constitucional en los debates del Congreso Constituyente, de los que aparece claramente que la intención de la norma era permitir a la ley resolver la opción entre indemnización y reposición para dar flexibilidad al precepto y permitir a la norma infraconstitucional, sin tener que modificar la propia constitución, resolver, de acuerdo a la realidad, cuál es la mejor opción. Véanse a este respecto los comentarios de Marcenaro Frers en su obra antes citada.

Debe tenerse presente al mismo tiempo, que el contenido del “derecho al trabajo” no tiene definición constitucional ni infraconstitucional y que la legislación internacional, a cuya luz debe interpretarse este tipo de normas legales, precisamente señala la posibilidad de la opción, dejándola a cargo de cada legislación nacional.

Finalmente, los políticos tiene la llave de una definición legislativa, a través de una ley general de trabajo, solo cabe esperar que tengan lucidez para optar por la solución propuesta pendiente de ser definida.

(7) GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “La interpretación constitucional como problema”. Ponencia presentada al Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, mayo de 1993. En: *Pensamiento Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994.