

ESTADO ACTUAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ

VÍCTOR FERRO D.⁽¹⁾

El presente artículo aborda sucintamente los temas centrales que corresponden a la evolución de la estabilidad laboral en el Perú. Para ello se efectúa un breve recuento de su instauración y evolución en el ordenamiento legal y como su creciente rigidez ha dado lugar a válvulas de escape caracterizadas por la proliferación de la contratación modal y la tercerización. Seguidamente, se analizarán los criterios con base en los cuales el Tribunal Constitucional (TC) ha desarrollado su particular teoría sobre la tutela restitutoria para luego evaluar algunos pronunciamientos de la justicia laboral ordinaria que van asentando un derrotero próximo a la estabilidad laboral absoluta. A continuación se examinará el modelo constitucional vigente, comparándolo con el que prima en numerosas constituciones y diversos tratados internacionales a fin de contrastarlo con la construcción que sobre esta materia han desarrollado los pronunciamientos del TC⁽²⁾.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de continuidad tiene en la consagración del derecho a la estabilidad laboral su desarrollo más acabado sin perjuicio que este es, sin duda

(1) Profesor principal de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) Deseo dejar constancia de mi reconocimiento a la señorita Gabriela Salas, practicante preprofesional en mi oficina, por su colaboración en la preparación de este trabajo.

alguna, el derecho más controversial del ordenamiento laboral peruano. Su evolución ha estado signada por constantes vaivenes que han fluctuado entre la rigidez y la flexibilidad, hasta derivar en el régimen actual, fruto de controversiales criterios emanados del TC.

Así, nuestro país ha transitado por los más diversos regímenes y desarrollos jurisprudenciales que hasta el día de hoy evidencian criterios no asentados.

En efecto, a partir de la promulgación del Decreto Ley N° 18471 en el año 1970 durante la dictadura militar de Velasco Alvarado, se instauró en el Perú un régimen de estabilidad laboral absoluta caracterizado por su rigidez y sesgo carente de balances. A su vez, se trasladó a la autoridad administrativa de trabajo la competencia jurisdiccional respecto a controversias vinculadas a la reposición en el empleo cuya aplicación efectiva fue objeto de pronunciamientos, muchas veces teñidos de manipulación ideológica o más aún, de direccionalidad política. Así, para los sectores empresariales resultó traumática la introducción de la estabilidad laboral en el ordenamiento legal, lo que generó una notoria polarización entre los actores sociales, no superada hasta el presente.

El régimen de estabilidad laboral así instalado en nuestro ordenamiento fue, sin embargo, objeto de distintas reformas legislativas que, con avances y retrocesos, fue morigerándose, hasta que en el año 1995 se optó por un régimen de estabilidad laboral relativa⁽³⁾, acorde con los postulados previstos en la Constitución del año 1993, la cual reconoce tanto el derecho al trabajo como el derecho a la adecuada protección frente al despido arbitrario, conforme al desarrollo que la legislación establezca. Sin embargo, pronunciamientos del Tribunal Constitucional han modificado sustancialmente el régimen de estabilidad relativa hasta aproximarlo a la antigua y superada estabilidad laboral absoluta, conforme analizaremos a lo largo del presente trabajo.

Huelga destacar que el reconocimiento de la estabilidad laboral en el ordenamiento jurídico determina la necesidad de una regulación consistente con la consagración de otros derechos previstos en la legislación, señaladamente la contratación modal y la tercerización, e incidirá, incluso, en el desarrollo de la negociación colectiva.

En efecto, si el ordenamiento reconoce el derecho a la protección contra el despido ilícito, la regulación de los contratos modales deberá sustentarse en causa

(3) FERRO DELGADO, Víctor. "Paradigmas del Derecho del Trabajo ante las Exigencias de Constante Adaptación". En: *Actualidad de Derecho del Trabajo de derecho del trabajo*. 1ª ed., Grupo Editorial Arteidea, Lima, 2009, p. 193.

objetiva que justifique la temporalidad. De otro modo, la contratación a plazo fijo librada a la voluntad de las partes determinaría que, previsiblemente, el empleador opte por la contratación temporal, sustituyendo así los rigores y contingencias propias del despido mediante el expeditivo recurso de la no renovación del contrato de trabajo celebrado a plazo determinado, usualmente uno de muy corta duración. Análogamente, si la intermediación laboral o la tercerización carecieran de causalidad, requisitos y garantías es claro que en múltiples supuestos el empleador podría preferir esta modalidad de contratación porque le facilitaría la contratación y desvinculación laboral sin mayores restricciones.

De la misma forma, la estabilidad laboral incide en el ejercicio de derechos colectivos. Así, en países como el nuestro en el que predomina la negociación colectiva a nivel de empresa, constituye una cortapisa a la afiliación sindical la precariedad del vínculo laboral del trabajador. Por ello, trabajadores sujetos a contratos modales difícilmente optan por la sindicalización, conscientes de que el ejercicio de este derecho podría acarrear la no renovación de su contrato a plazo determinado. Ello explica en gran medida por qué en los padrones de afiliados de una organización sindical difícilmente se constata la existencia de trabajadores contratados a plazo fijo y que no sea frecuente la negociación colectiva en empresas que brindan servicios en calidad de contratistas y subcontratistas, habida cuenta de que sus trabajadores tienen celebrados contratos temporales vinculados a la subsistencia del contrato de tercerización celebrado por su empleador con la empresa principal.

Es claro, pues, que la estabilidad laboral conlleva un efecto transversal en la regulación laboral peruana y al mismo tiempo acarrea un impacto relevante en el ejercicio de otros derechos laborales.

Ahora bien, el reconocimiento a la estabilidad laboral puede plasmarse en la legislación mediante distintas modalidades. En el derecho comparado prima la denominada estabilidad laboral relativa, conforme a la cual el despido sin justa causa es objeto de tutela resarcitoria (indemnización), mientras que la tutela restitutoria (reposición) se limita a casos en que medie el despido resulte lesivo de determinados derechos fundamentales, lo que nuestra legislación corresponde a supuestos de despido nulo.

Desde este enfoque, entendemos justificada una reflexión sobre el modelo de estabilidad laboral recogido por la Constitución vigente a fin de contrastarlo con los criterios que sobre esta materia ha desarrollado el TC con base al reconocimiento del derecho al trabajo, derecho que igualmente se encuentra reconocido en tratados internacionales, así como en un alto número de Constituciones.

II. LA CONTRATACIÓN MODAL, LA SUBCONTRATACIÓN Y LA ESTABILIDAD LABORAL

El análisis sobre el estado actual de la de estabilidad laboral en el Perú debe incluir el estudio de dos institutos estrechamente vinculados a este derecho, la contratación modal y la subcontratación por cuanto estos se erigen como figuras jurídicas que difuminan su alcance y contenido generando relevantes efectos en el sistema de relaciones laborales en nuestro país.

1. La contratación modal y su incidencia con la estabilidad laboral

La economía de mercado, opción preferente en la inmensa mayoría de países, se ha visto potenciada por el proceso de globalización y el libre comercio. Si algo caracteriza a la empresa del Siglo XXI es su continuo esfuerzo de adaptación en el cambiante entorno en el que debe desenvolverse.

El Consenso de Washington de los años noventa y el esquema de liberalización económica que propugnó hicieron patentes las exigencias de flexibilización de los mercados de trabajo a fin de viabilizar la posibilidad de que las empresas puedan competir exitosamente en economías cada vez más abiertas y dinámicas. A ello se agregan los numerosos tratados de libre comercio a los que vienen obligándose nuestros países –de modo significativo en el caso peruano– que reducen aún más las protecciones arancelarias, dando así lugar a renovadas reivindicaciones empresariales de mayor flexibilidad y libertad de empresa.

La estabilidad laboral absoluta que se introdujo en los años sesenta, y que con variantes perduró hasta mediados de la década del noventa, tuvo como correlato el entorno de una economía cerrada y, por ende, ajena a los rigores de la competitividad que prevalece en nuestros días, signados por la incesante aparición de nuevos productos y tecnologías, así como mercados inestables que generan condiciones muy distintas a las que predominaban hasta hace unos años atrás, en que la producción nacional se encontraba protegida por altas tasas arancelarias que convertían al mercado en consumidores cautivos de productos locales de escaso desarrollo, alto costo y reducida tecnología. Por ello, aspirar al retorno a la estabilidad laboral absoluta, que diversos pronunciamientos jurisprudenciales parecen añorar, resulta claramente contradictorio con el contexto en el que hoy se desenvuelve la economía peruana.

Es, pues, en ese contexto que deba analizarse la marcada preferencia del sector empresarial peruano por los contratos modales, no obstante sus requisitos

de causalidad, su fiscalización por parte de la inspección del trabajo y las frecuentes impugnaciones judiciales que acusan su desnaturalización.

Los contratos de modalidad temporal resultan funcionales a la necesidad de compatibilizar los cambiantes requerimientos de la producción en las empresas con sus necesidades de personal. Empero, en atención al principio de continuidad recogido por el ordenamiento laboral, se consagra la preferencia por la contratación a tiempo indeterminado respecto a la contratación temporal –lo que suele denominarse estabilidad de entrada– por lo que su legítima utilización debe constreñirse a la existencia de una causa habilitante prevista en la ley. Como señala Pasco Cosmópolis⁽⁴⁾, el contrato de trabajo posee vocación de permanencia por lo que la causa habilitante de la contratación temporal dependerá de la naturaleza temporal de las labores a contratar, y por ende, su duración debe ser proporcional a la causa que lo motivó⁽⁵⁾.

Sin embargo, la notoria preferencia del sector empresarial por los contratos temporales va más allá de meras exigencias de funcionalidad con los requerimientos productivos. Su profusa utilización se vincula más bien a la creciente rigidez del régimen de estabilidad laboral en nuestro medio.

La evidencia de la proliferación de la contratación modal en el Perú es incontrovertible. En efecto, de acuerdo al anuario elaborado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) para el año 2013, en el Perú se han presentado 3'536,904 millones de contratos de trabajo sujetos a modalidad, de los cuales 2'144,233 millones de contratos modales fueron presentados en Lima Metropolitana⁽⁶⁾. Desafortunadamente las cifras del Ministerio de Trabajo no

(4) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Contrato de trabajo típico y contratos atípicos”. En: *Balance de la reforma laboral peruana*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Lima, 2001, p. 127.

(5) Sin embargo, en determinados supuestos la legislación vigente admite una causalidad distinta a la mera temporalidad de la labor encomendada: el artículo 57 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) prevé que incluso necesidades permanentes puedan ser atendidas mediante contratos temporales, conforme corresponde a las modalidades de inicio o incremento de actividades, en que basta que estos supuestos se encuentren dentro de los tres primeros años de producidos. Así, esta modalidad contractual no exige que la labor a ser cumplida por el trabajador califique en sí misma como temporal. Análogo razonamiento surgiría del artículo 58 de la LPCL relativo a los contratos por necesidades de mercado, respecto de los cuales se establece que ante necesidades coyunturales de la producción el trabajador puede ser designado a realizar labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa. No obstante, en este caso, la temporalidad viene configurada por la necesidad de atender un requerimiento productivo meramente coyuntural, lo que por su propia naturaleza correspondería a un periodo de corta duración. En el texto original del Decreto Legislativo N° 728 esta modalidad estuvo limitada a un periodo máximo de seis meses. De ahí que resienta la lógica que el plazo máximo de duración de esta modalidad contractual haya sido extendido hasta por cinco años en la LPCL.

(6) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario Estadístico Sectorial 2013*, p. 175.

distinguen entre contratos presentados a su registro y trabajadores individuales, con lo cual cabe la posibilidad de que un mismo trabajador haya tenido varios contratos en el año, lo que puede arrojar apreciaciones inexactas.

Sin embargo, la información recopilada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática permite evidenciar que en el año 2012 de los 7'050,700 personas asalariadas, el 50.7 % (3'924,300) tenían contratos con su centro de trabajo, pero de estas solo el 17.6 % contaba con contrato a plazo indefinido, mientras que el 32.1 % estaba sujeta a contrato a plazo fijo.

Lo expuesto permite concluir que en el ámbito de aquellos que sí cuentan con contrato de trabajo con un empleador la proporción entre trabajadores con contrato a plazo fijo y trabajadores a plazo indeterminado es de 2 a 1⁽⁷⁾, cifras que dan fe de la marcada preferencia por los contratos temporales y acreditan un paulatino pero consistente aumento exponencial.

En ese sentido, y con base en los datos estadísticos expuestos, resulta posible concluir que en el Perú existe una creciente utilización de los contratos sujetos a modalidad. Es claro que alguna vinculación puede derivarse de los pronunciamientos del TC, que han resquebrajado el modelo de la estabilidad laboral relativa prevista en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) y la válvula de escape a la que ha recurrido el sector empresarial mediante el intensivo uso de los contratos sujetos a modalidad, con base en los cuales resulta factible la desvinculación laboral al vencimiento del plazo acordado.

El predominio de la contratación a plazo determinado en nuestro medio dista de ser el esquema ideal. En efecto, la incertidumbre que genera en el trabajador la posibilidad de ser cesado, sin compensación alguna, a la conclusión de su contrato, no solo tiene efectos adversos en la posibilidad de planear su futuro en el mediano plazo, sino que a su vez le resta posibilidades de identificación con su empleador, en razón de lo efímero de su vínculo laboral. A ello se agrega, desde una perspectiva macroeconómica, que trabajadores temporales suelen enfrentar particulares dificultades en la obtención de créditos de largo aliento, con las implicancias que ello acarrea en el nivel de consumo y el crecimiento económico. Desde la perspectiva del empleador, es claro que este carecerá de motivación para efectuar inversiones significativas en materia de capacitación y entrenamiento de trabajadores con los cuales sabe que puede optar por cesar sin consecuencias mediante la no renovación de su contrato temporal.

(7) A ello se agrega que hay un 5.2 % de personas bajo contrato de locación de servicios y el 0.8 % bajo otro tipo de contrato. Así, el 42.7 % (3'008,500) carece de todo tipo de contrato. INEI. *Perú: Evolución de los Indicadores de Empleo e Ingreso por Departamento 2004-2012*, p. 184.

De ahí que la contratación temporal en el Perú debiera ser la excepción a la regla y, no como sucede actualmente, que la rigidez en que ha desembocado la estabilidad laboral, ha generado un incentivo perverso hacia la contratación a plazo determinado.

Sin perjuicio de lo expuesto debe quedar claro que un régimen flexible tanto en materia de estabilidad de la entrada como de salida no garantiza la generación de empleo. Por el contrario, es la combinación de factores económicos, sociales y jurídicos los que resultan determinantes en el incremento o decrecimiento de la tasa de empleo.

Conforme señala Álvarez del Cubillo “los estudios empíricos no permiten establecer una relación lineal entre costes de despido y niveles de empleo; teóricamente la desregulación puede aumentar las contrataciones, pero también (el régimen de) las extinciones, de manera que el efecto real depende de toda una serie de factores del contexto incluyendo la coyuntura económica”⁽⁸⁾.

Ello explicaría que no obstante la rigidez que desde el año 2002 ha introducido el TC en el régimen de despidos, ha sido el crecimiento económico y la subsistencia de un modelo de economía de mercado durante el periodo comprendido entre los años 2003-2012 el que explica el incremento de la tasa de empleo en el Perú.

Ahora bien, ello no significa que la legislación laboral no tenga una incidencia concreta en la creación de empleo, pues conforme ha sido reconocido por la Unión Europea, el establecimiento de parámetros y costos laborales razonables genera un incentivo positivo para la creación de empleo⁽⁹⁾. Lo relevante es, pues, advertir que la desregularización y reducción de costos laborales no es la única manera de generar empleo, pero tampoco se trata de variables que pueden ser ignoradas.

En el Perú la informalidad continúa siendo el problema central de los trabajadores peruanos. Así, en la actualidad el 74.3 % de la Población Económicamente Activa (PEA) corresponde al sector informal y solamente el 25.7 % se ubica en el sector formal⁽¹⁰⁾. Como señala Céspedes Reynaga, son los trabajadores informales los que tienen mayores probabilidades de separación ya que ellos “son

(8) ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. “Informe sobre la Regulación del despido en Europa”. En: *Temas Laborales*. N° 99, Andalucía, 2009, p. 262.

(9) KOK, Wim. *Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe. Report of the Employment Taskforce*. Bruselas, 2003, p. 22.

(10) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Producción y empleo informal en el Perú*. Lima, 2014, p. 68.

separados de sus empleos a una tasa de 11%, mientras que los trabajadores formales, a una tasa de 3.5 %”. Así, establecer las condiciones que reduzcan la informalidad y apunten a la formalización de nuevos empleos deba constituir una premisa fundamental en esta materia⁽¹¹⁾.

De ahí, pues, que resulte contradictorio que se postule un régimen de estabilidad absoluta en favor de un sector reducido de los trabajadores mientras que las condiciones laborales del sector mayoritario –el informal– se desenvuelven en condiciones de inestabilidad absoluta y notoria desprotección

Así, un derecho a la estabilidad laboral que no reconozca estas premisas es pasible de ser cuestionado no solo como una barrera a la competitividad y a la eficiencia que la empresa debe garantizar como requisito de subsistencia, sino por limitar el acceso a la formalidad de aquellos que carecen de todo derecho.

2. La subcontratación y sus implicancias respecto a la estabilidad laboral

Los esquemas productivos centralizados se encuentran prácticamente en extinción⁽¹²⁾, hecho que se evidencia con mayor claridad en ciertos sectores de la economía peruana en donde la descentralización productiva y la implementación de nuevos y diversos procesos de ordenación del trabajo es cada vez más usual. A modo de ejemplo, analizaremos brevemente la incidencia de la subcontratación en el sector minero.

En el 2013 el sector minero brindó empleo directo a 208.383 personas, de las cuales, únicamente 67,950, equivalente al 32.6 %, fueron contratadas por una empresa minera, mientras que el resto –140,433 trabajadores– equivalente al 68.4 %, mantuvieron un vínculo laboral con empresas contratistas⁽¹³⁾. Esta última cifra se ha incrementado en un 9.9 % respecto al año pasado, y se ha duplicado respecto al año 2009 cuando las empresas contratistas únicamente empleaban a 69,096 trabajadores⁽¹⁴⁾.

De los datos estadísticos expuestos, es posible concluir que en el sector minero existe una tendencia creciente hacia la subcontratación, en detrimento de la contratación directa, en la que se constata una proporción de 3 a 1.

(11) CÉSPEDES REYNAGA, Nikita. “Creación y destrucción de empleo en economías informales”. En: *Cuaderno de Investigación*. Universidad de San Martín de Porres, Instituto del Perú, Lima.

(12) FERRO DELGADO, Víctor. “Tutela y flexibilización: en busca de una adaptación concertada”. En: *Memorias del XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Puebla, 2002, p. 120.

(13) MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. Anuario Minero 2013, p. 105.

(14) Ídem.

A ello se agrega que la contratación de los trabajadores del contratista usualmente se pacta a plazo determinado sustentada en la propia temporalidad del contrato celebrado entre la empresa contratista y la empresa principal, reproduciéndose así la precariedad de vínculos laborales, a la que nos hemos referido en el acápite anterior.

Es claro que en este sector la subcontratación se encuentra directamente vinculada a la especialización de las labores propias de esta actividad, parte de las cuales puede ser más eficientemente ejecutada por contratistas altamente calificados. No obstante ello, la proporción entre trabajadores propios y subcontratados evidencia la preferencia por la subcontratación en lugar de la contratación directa. Es previsible que esta preferencia tenga vinculación con la imposibilidad de obtener la aprobación de las autoridades administrativas de trabajo ante las solicitudes de ceses colectivos por motivos económicos o estructurales –otra sería restricción en la estabilidad de salida– pero es objetivo que en ello también incide el actual modelo de estabilidad laboral desarrollado por el TC.

Así, ante ese estado de cosas, nuevamente, se constata la recurrencia a válvulas de escape, no obstante que un elevado índice de trabajadores subcontratados perpetúan diferencias entre los ingresos que perciben los trabajadores propios y los subcontratados, en particular en temas tan sensibles como la participación legal en las utilidades. Es este pues otro ejemplo en el que los pretendidos esquemas proteccionistas en materia de estabilidad laboral terminan generando inequidades y desbalances no deseados.

En efecto, de acuerdo al Anuario Minero de 2013, los trabajadores tercerizados reciben una remuneración menor a los trabajadores de las empresas mineras. Así, el personal de planta de las empresas mineras recibe en promedio, y por todo concepto, S/. 2,159.00 más que el personal de planta de las empresas subcontratistas. La referida brecha se acrecienta considerablemente en el caso de los gerentes, donde se observa que los gerentes de las empresas mineras reciben hasta S/. 12,372.00 más que los gerentes de las empresas contratistas.

De los datos expuestos se aprecia, pues, que los trabajadores de las empresas contratistas perciben remuneraciones considerablemente menores a los trabajadores de las empresas mineras, a pesar de que en diversos supuestos podrá existir similitud de actividades.

Por cierto, contribuye a esta situación, el diferente desarrollo que los trabajadores de uno y otro sector alcanzan en materia del ejercicio de derechos colectivos. La subcontratación y la temporalidad de sus vínculos laborales explican parte de esta problemática.

Respecto al debilitamiento de las organizaciones sindicales, Ermida ha señalado que “(...) la externalización supone una segmentación del colectivo y consecuentemente, su debilitamiento. De ahí al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay un solo paso”⁽¹⁵⁾.

Por otro lado, Valdez Dal Ré advierte que los procesos de descentralización productiva tienden a comprometer la calidad de las condiciones económicas de los trabajadores destacados. Así el autor manifiesta:

“(...) la calidad de las condiciones de trabajo, ya no se mide o no solo se mide en razón de los criterios más tradicionales, como pueden ser, por ejemplo, las habilidades profesionales y la experiencia del trabajador o los resultados económicos de la empresa. Los patrones o estándares de referencia que definen el estatuto jurídico del trabajador pueden ser otros, tales como el valor añadido del trabajo al producto final y, sobre todo, la posición del propio trabajador en la empresa: a mayor lejanía del epicentro, las condiciones de trabajo tienden a degradarse”⁽¹⁶⁾.

Resulta evidente así que la subcontratación mella uno de los mecanismos más efectivos para el incremento y mejora de condiciones laborales, lo cual conlleva al asentamiento de brechas remunerativas entre unos y otros trabajadores.

Así, un sinceramiento de las relaciones laborales al interior del sector pasa por la reconstrucción del modelo de estabilidad laboral de manera de neutralizar el incentivo hoy existente hacia la subcontratación, como resultado del retorno a un controversial esquema de estabilidad laboral.

III. LA RIGIDEZ DEL MERCADO LABORAL PERUANO

Con base en lo desarrollado en el acápite anterior, se advierte que en el mercado peruano la contratación temporal y la subcontratación son utilizadas como válvulas de escape ante un régimen de estabilidad laboral inadecuado.

(15) ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, tercerización y subcontratación*. 1ª ed., OIT, Lima, 2009, p. 69.

(16) VALDEZ DAL RÉ, Fernando. “Transformaciones del Derecho del Trabajo y Orden Económico Globalizado”. En: *Trabajo*. N° 12, Revista Andaluza del Derecho del Trabajo, Andalucía, 2003, p. 143.

Se determina la rigidez de un mercado laboral con base en diversos factores como los son la regulación laboral –y en particular, aunque no exclusivamente, la referida a la contratación y cese de trabajadores– y los costos no salariales. En el caso del Perú, el establecimiento de una nueva tipología de despidos generada a partir de los pronunciamientos del TC y la consecuente ampliación de la procedencia de la tutela restitutoria (reposición), así como los altos costos laborales condiciona la existencia de un mercado laboral no competitivo que alienta la informalidad.

Conforme al *ranking* de Competitividad Mundial 2014 elaborado por el Foro Económico Mundial, el Perú se encuentra en la posición 129 de 148 países respecto a “prácticas de contratación y cese”, con un índice de 3.1, donde 1 representa altos niveles de rigidez en materia de legislación laboral, y 7, flexibilidad extrema en el ámbito de contratación y término de relaciones laborales⁽¹⁷⁾.

Otra medición que resulta relevante analizar es la efectuada por el Instituto Peruano de Economía conforme a la cual el Perú presenta un índice de 60 sobre 100 en materia de facultad de despido, donde 100 representa la mayor dificultad y 0 la mayor flexibilidad.

De los referidos datos estadísticos surge que nuestros niveles de rigidez en materia laboral se encuentran lejos de los estándares internacionales. Asimismo, se desprende que la regulación laboral es conceptuada como un factor decisivo al momento de emprender nuevas actividades empresariales. En efecto, entre los factores que los agentes económicos conceptúan como los más adversos para hacer negocios, las regulaciones laborales restrictivas ocupan un tercer lugar, solo superadas por la ineficiencia burocrática gubernamental y la corrupción⁽¹⁸⁾.

IV. LA ESTABILIDAD LABORAL Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

1. La posición del TC sobre el derecho al trabajo y el régimen de protección frente al despido ilícito

Como resultado de cuestionables interpretaciones surgidas del TC, se ha modificado sustancialmente el régimen de protección contra el despido vigente en

(17) FORO ECONÓMICO MUNDIAL. *Reporte de Competitividad Global 2014*. Génova.

(18) Ídem.

el país hasta convertirlo en uno cercano a la estabilidad laboral absoluta. Resulta, pues, relevante analizar, sucintamente, la evolución de los criterios emanados de las sentencias del TC a través de procedimientos de amparo.

En el caso Cossio Tapia (Exp. N° 1112-98-AA/TC) el TC destacó que no le correspondía calificar el despido per se sino en tanto y en cuanto se verificase que este aparejaba a su vez una afectación a un derecho fundamental. Así, el TC sostuvo que al no haberse precisado en la carta de imputación de falta grave los hechos que sustentaban el despido del demandante, se había afectado el principio de tipicidad con base al cual hubiera podido ejercer el derecho de defensa, inherente al debido proceso.

Posteriormente, en el caso Fetratel (Exp. N° 1124-2001-AA/TC), el TC consideró inconstitucional el despido incausado –sujeto al pago de la indemnización prevista por el artículo 34 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral– tachándolo de incompatible con el derecho al trabajo previsto en el artículo 22 de la Constitución, en cuanto este implica dos aspectos: (i) acceder a un puesto de trabajo; y, (ii) a no ser despedido sino por causa justa. Así, proscribió el despido, salvo por causa justa. Con base a este razonamiento, ordenó la reposición de los trabajadores afectados por considerar que la indemnización prevista en la ley no constituía una forma válida de resarcir el despido no sustentado en causa justa.

En el caso Llanos Huasco (Exp. N° 976-2001-AA/TC) el TC mantuvo, en lo fundamental, los criterios antes expuestos pero admitió que la indemnización puede constituir un adecuado mecanismo de protección, siempre que ello corresponda a la elección del trabajador, salvo en el caso de los trabajadores de dirección o confianza, respecto a los cuales se les excluyó del derecho a la reposición.

Estableció, a su vez, que la vía de amparo –conforme a la cual se admite la reposición– resulta procedente en supuestos de:

- (i) Despido nulo, conforme a los criterios previstos en la LPCL, esto es, despidos particularmente odiosos, tales como los que se encuentran motivados en conductas antisindicales, o discriminatorios, por la presentación de reclamos contra el empleador, por embarazo, por ser portador de VIH/Sida o por motivo de discapacidad;
- (ii) Despido incausado; y,
- (iii) Despido fraudulento, esto es cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun

cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o, asimismo, se le atribuye una causa de despido no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, o cuando el cese se ha producido mediando vicio de la voluntad o la fabricación de pruebas.

En este mismo pronunciamiento el TC sostuvo que “la extinción unilateral de la relación laboral fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y que por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona reconocido por la Constitución o los tratados relativos a la promoción y defensa de los derechos humanos” (f. j. 20). Puntualizó a su vez que “(...) el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador sino el goce y ejercicio de su derechos constitucionales” (f. j. 13).

Por último, en el caso Baylón Flores, el TC estableció con calidad de precedente vinculante que los criterios detallados en el caso Llanos Huasco debían mantenerse en lo esencial, precisando que el proceso de amparo no resulta procedente para el cuestionamiento de la causa justa de despido cuando su determinación corresponda a hechos controvertidos sobre los que exista duda que haga necesaria la actuación de mayores elementos probatorios.

2. La inconsistente argumentación del TC en materia de estabilidad laboral

Si bien este tema ha sido tratado en reiteradas oportunidades conviene recordar, esquemáticamente, las inconsistencias en las cuales incurrió el TC para declarar la inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), a partir de lo cual se ha ido introduciendo paulatina pero inexorablemente la figura la tutela restitutoria ante la verificación de un despido ilícito, vale decir, la estabilidad laboral absoluta por la afectación del derecho al trabajo.

Como ya se ha indicado el artículo 27 de la Constitución establece que “la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario”, con lo cual previó una reserva legal para definir a través del ordenamiento infraconstitucional el desarrollo de lo que corresponde al marco protector satisfactorio al derecho.

A ello se agrega la obligación de interpretar las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales

sobre las mismas materias ratificados por el Perú, conforme ordena la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución⁽¹⁹⁾. Análoga disposición está contenida en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁽²⁰⁾.

El artículo 34 de la LPCL establecía que el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, supuestos, ambos, ante los cuales prevé el pago de una indemnización. Vale decir, que reconociendo la ilicitud de la medida, la repara mediante una compensación económica.

Por otro lado, el artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Perú, consagra la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, pero seguidamente establece que en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra protección prevista por la legislación nacional.

El común denominador de los instrumentos citados es que reconocen a la indemnización como una forma válida de resarcir al trabajador ante un despido ilícito. En consecuencia, y consonancia con estos, la LPCL establecía que ante el despido arbitrario –definido como aquel que carece de causa o que contando con esta no ha logrado ser demostrada– procedía el pago de una indemnización.

Así, ni la Constitución, ni el Protocolo de San Salvador prevén que ante el despido sin justa causa solo cabe la tutela restitutoria. Así, el TC estaba obligado a interpretar el derecho a la protección contra el despido arbitrario de conformidad con los instrumentos citados y, por ende, admitir que la tutela resarcitoria, vale decir, la indemnización, resulta un mecanismo perfectamente válido de resarcimiento ante el despido ilícito por carecer de justa causa.

Ahora bien, a efectos de salvar las inconsistencias advertidas y mencionadas en el proceso constitucional interpuesto por Fetratel, el TC arguyó “que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia un mínimo derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no puede significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución (...) ni mucho menos cuando ello conlleva el menoscabo del mismo contenido

(19) Artículo 27 y Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Perú.

(20) “El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados por el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados de derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

esencial de los derechos constitucionales⁷⁷⁽²¹⁾. Sin embargo, el TC no precisó cuáles son las normas contenidas en la Constitución que establecen un mayor nivel de protección frente al despido arbitrario de manera que justifiquen el desplazamiento del Protocolo de San Salvador. En ese sentido, es clara, pues, la inconsistencia del pronunciamiento del TC con base en el cual se ha abierto el camino al retorno a un rígido esquema de estabilidad laboral en el país.

3. Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral

Entre los días 4 y 14 de mayo de 2012 se llevó a cabo en Lima el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, el cual entre otras materias abordó lo relativo a la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía ordinaria laboral regulada por la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT).

De esta forma, se traslada a la justicia laboral ordinaria la aplicación de los criterios del TC en materia de estabilidad laboral. En rigor, ello no es sino consecuencia del mandato contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Así, en atención al carácter de precedente vinculante del caso Baylón Flores, la justicia laboral ordinaria debe cumplir con aplicar dicho criterio cuando en un proceso ordinario laboral se plantee la reposición como pretensión principal única, en aplicación de lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 2 de la NLPT.

Esa ha sido, pues, la puerta de entrada con base en la cual se han incorporado al conocimiento de la justicia laboral ordinaria demandas de reposición en el empleo, extendiéndose de esta forma la indebida reformulación de la estabilidad laboral efectuada mediante los pronunciamientos del TC. Desarrollaremos más adelante las consideraciones con base en las cuales sustentamos que una cosa es la consagración de un derecho fundamental y otra muy distinta la garantía o tutela que corresponde ante la afectación de ese derecho. Adelantemos que ante la afectación de derechos fundamentales que el artículo 29 de la LPCL, tipifica como supuestos de despido nulo, se ha previsto el máximo nivel de tutela, esto es la tutela restitutoria (reposición) aparejada del pago de remuneraciones devengadas. Otro tipo de despidos, tales como el injustificado o el fraudulento son lesivos del derecho al trabajo pero no por ello les debe corresponder el mismo nivel de tutela o garantía antes indicados y, por ende, no cabría hacer una inferencia equiparando

(21) F. j. 12 de la STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC.

la tutela de supuestos tipificados como *númerus clausus* allí donde el ordenamiento ha establecido una tutela distinta.

4. Crítica a pronunciamientos judiciales recientes en materia de despido fraudulento

La figura del despido fraudulento viene dando curso a resoluciones que, en rigor, apuntan a restaurar la estabilidad laboral absoluta. En efecto, por vía de invocar que no se ha logrado acreditar la falta invocada se concluye que ha mediado un despido fraudulento bajo la figura de que el despido se ha sustentado en hechos falsos. No obstante, en rigor, ello correspondería a un despido injustificado, vale decir aquel que no logra demostrar que se ha producido el hecho que motivó el despido.

Algunos pronunciamientos por parte de la justicia laboral ordinaria corroboran esta situación.

Así, en el Exp. N° 070-81-2013-0-1801-JR-LA, la Sala Laboral señaló lo siguiente:

“(…) la demandada ha procedido en forma contraria a la verdad al pretender despedir al demandante bajo el argumento de deficiente rendimiento laboral durante sus funciones como Gerente General, cuando en el plano de los hechos nunca ejerció tales labores ni menos aún se le estableció el cumplimiento de metas laborales a alcanzar, así como, atribuirle inconcurrencia por los días 25, 28 y 29 de enero de 2013, lo que configura según la demandada la falta grave contenida en el inciso h) del artículo 25 del Decreto Legislativo N° 728 que señala expresamente que son faltas graves el abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, sin embargo, ello no ha sucedido en el presente caso, puesto que **la inasistencia del actor no excedió los tres días que señala la citada norma**, aunado a ello, cabe precisar que el actor se encontraba exonerado de registrar su ingreso y salida tal y conforme aparece del contrato de trabajo de folios 8 a 10 y si bien se procedió a su despido utilizando el procedimiento de ley correspondiente, en la imputación de cargos se ha expuesto hechos notoriamente inexistentes, **lo cual configura la existencia de un despido fraudulento conforme a la definición efectuada por el Tribunal Constitucional en los términos expuestos en los considerandos anteriores**. Por dicha razón, resulta adecuado reponer al recurrente a su centro de labores, conforme el a quo lo ha dispuesto”.

De lo expuesto surge que la parte demandada no logró acreditar el rendimiento deficiente imputado al actor ni que este se había ausentado por más de 3 días consecutivos. El fallo sustenta su raciocinio en que la condición de Gerente del actor no resultó evidenciada y que no se habían establecido las metas que debía cumplir para que se le pueda imputar la falta de rendimiento deficiente y que se habría ausentado un número de días menor al que establece la ley para que se configure el abandono del trabajo. Así, concluye que ello configura un despido fraudulento y ordena la reposición de quien tenía un contrato de trabajo celebrado para desempeñarse en calidad de gerente general.

La argumentación de este pronunciamiento importaría que ha existido una falta de adecuación entre los supuestos de hecho acreditados en el proceso y los supuestos de derecho que configuran, de una parte, la falta vinculada a la capacidad, y de otra la falta vinculada a la conducta (rendimiento deficiente y abandono del trabajo, respectivamente). Empero, este despido parecería corresponder, a lo sumo, a uno de naturaleza injustificada, y por ende solo le correspondería la tutela resarcitoria, mas no la restitutoria, incluso bajo los particulares criterios del TC. En efecto, todo indicaría que el caso corresponde a un despido que ante la falta de comprobación de las faltas imputadas conforme a ley, debía dar lugar a un mandato de indemnización al trabajador mas no así a su reposición, lo cual, pues, es propio de un modelo de estabilidad laboral absoluta.

Por otro lado, en el Exp. N° 15713-2013-0-1801-JR-LA-02 la Sala Laboral manifestó lo siguiente:

“En ese sentido, la demandante en audiencia de vista de la causa reconoce haber recepcionado dicha carta, pero que la misma fue entregada a su persona en el mes de abril, es decir, en forma posterior a la fecha programada para el examen médico (...)

A fojas 296 obra en copia legalizada la carta de fecha 15 de marzo de 2013 que ha sido presentada por la demandada. Si bien en el citado documento aparece la firma de la demandante, sin embargo, no figura la fecha de recepción de la misma, por lo que, no puede considerarse dicho documento como medio probatorio idóneo que permita determinar en forma fehaciente que la actora fue notificada con antelación al 22 de marzo de 2013 (...)

En ese sentido, este Colegiado considera que la demandada no ha demostrado la causa de despido que alega, pues **de los medios probatorios aportados por dicha parte, no se aprecia que la**

demandante haya tenido pleno conocimiento en forma oportuna y antelada de la fecha para realizar su examen médico. Siendo esto así, corresponde desestimar los agravios expuestos por la demandada.

Por tanto, **resulta evidente que en el presente caso se ha configurado el despido fraudulento alegado** por la demandante, al habersele despedido de manera contraria a la verdad, al habersele imputado hechos inexistentes, que en todo caso resultan ser atribuibles a la demandada al no (haber) (in) cumplido sus deberes como empleador. De este modo, la demandante deberá ser repuesta a su puesto de trabajo o en otro similar, conforme el a quo lo ha ordenado” (sic).

En el caso bajo análisis, la parte demanda le imputó a la demandante la negativa injustificada a someterse a un examen médico programado, de conformidad con el inciso c) del artículo 23 de la LPCL. Sin embargo, la demandante sostuvo como principal argumento que su exempleadora no cumplió con informarle de manera oportuna la programación de los referidos exámenes.

Ahora bien, de las consideraciones contenidas en el fallo se desprende que la Sala ha considerado que la carta de fecha 15 de marzo de 2013 cursada a la actora para que se someta al examen médico dispuesto para el 22 de marzo no resulta prueba suficiente de la notificación cursada porque en el cargo de recepción colocado por la demandante no se ha consignado la fecha de recepción. Ello, estima la Sala, demostraría que la demandada le imputó hechos inexistentes a la trabajadora y, por ende, califica el despido como fraudulento y dispone la reposición.

De esta forma se equipara un supuesto –y discutible– requisito de prueba con la figura del despido fraudulento, dejando de lado que el caso comentado podría, en una tesis extrema, corresponder a un despido injustificado pasible de ser objeto de tutela resarcitoria mas no restitutoria, lo que corresponde más bien al concepto de estabilidad laboral absoluta que el fallo parece auspiciar.

Asimismo, en el Exp. N° 07978-2013-0-1801-JR-LA-09 la Sala Laboral señaló:

“(…) de lo que se puede concluir que si bien existió un descontrol en la administración de los bienes en custodia a cargo del actor; sin embargo no se ha acreditado que exista una apropiación en provecho propio o de terceros como le ha increpado la demanda (…) aun cuando se incumple con la imputación de una causal, de tal

suerte que **se puede concluir que el actor fue despedido fraudulentamente**, pues la imputación de la falta grave solo fue efectuado para aparentar que se había llevado adelante el procedimiento formal de despido cuando en ‘en los hechos’ la demandada ya había tomado la decisión de extinguirla decisión laboral con el actor y prescindir de sus servicios, siendo así, releva el análisis de la falta grave alegada”.

En el proceso bajo comentario, el demandante fue despedido por la comisión de las faltas graves de: (i) incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral y (ii) apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros.

En el presente caso el personal de seguridad de la empresa minera detectó que en la zona de residuos sólidos se habían ocultado dentro de un cilindro una serie de filtros, repuestos y otros accesorios nuevos cuya custodia recaía en el ámbito de responsabilidades del área de Logística de la que el demandante era responsable. Sin embargo, la Sala calificó el despido de fraudulento por considerar que no se habría acreditado el extremo referido a la apropiación de los bienes de la empresa en provecho del demandante o de terceros y porque, según un correo remitido por un asistente de dicha área, el actor ya había sido retirado de la empresa (en fecha anterior a que se lleve a cabo el procedimiento de despido). De ahí, estima el fallo, que no es válida la afirmación vertida por la empresa en una diligencia de inspección en el sentido que el actor continuaba laborando normalmente. Así, la Sala concluye que el procedimiento de despido, materializado posteriormente, fue simplemente la formalización de una decisión previamente adoptada, no resultando relevante analizar la falta grave alegada.

Repárese que el fallo reconoce que había un descontrol en la administración de los bienes confiados al actor y que una de las causales de despido imputadas consistió en el incumplimiento injustificado de obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral. De ahí que, más allá de la verosimilitud que se le pueda atribuir al correo de un asistente sobre la fecha efectiva de la separación del demandante, resulta controversial que se ordene la reposición del actor por un despido en que por lo menos una de las faltas graves imputadas quedó demostrada. Sin embargo, aún en el supuesto que se pudiera estimar que las faltas graves no habían quedado debidamente demostradas cabría concluir que el despido resulta injustificado, correspondiendo con ello al actor la tutela resarcitoria y no así restitutoria.

Los pronunciamientos, glosados a modo de simple referencia, evidenciarían la tendencia de la justicia laboral ordinaria a ordenar la tutela restitutoria (reposición) ante despidos que en todo caso podrían calificar como injustificados, haciendo así patente un esquema que resulta propio de la estabilidad laboral absoluta.

5. El alejamiento del TC del modelo constitucional vigente en materia de estabilidad laboral

Con base en los criterios establecidos por el TC mediante los pronunciamientos antes señalados, un sector de la doctrina nacional estima que el TC ha consagrado que el derecho al trabajo, en su aspecto vinculado a la protección contra el despido, implica que este solo resulta procedente cuando media causa justa legalmente establecida y debidamente comprobada y que el despido fraudulento, en cuanto lesivo de derechos fundamentales debe asimilarse a los supuestos de despido nulo previstos en el artículo 29 de la LPCL⁽²²⁾.

Cabe recordar que sobre esta materia el artículo 48 de la Constitución de 1979 establecía lo siguiente: “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”. Es con base en esta disposición que la legislación infraconstitucional, desarrollada en ese entonces mediante la ley N° 24514, consagró la denominada estabilidad laboral absoluta, conforme a la cual ante el despido sin justa causa solo procedía la tutela restitutoria a opción del trabajador.

Debemos, pues, determinar si el esquema de estabilidad laboral introducido por el TC resulta o no compatible con el modelo constitucional vigente en el país, o si más bien ha tratado de reproducir el modelo de estabilidad laboral previsto en la derogada Constitución de 1979.

Ahora bien, son dos las normas que la Constitución de 1993 consagra en esta materia:

Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona

Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

(22) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La reposición del trabajador en el proceso ordinario laboral”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Colección 167, Tomo 9, N° 8, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 22.

Conforme se desprende de los artículos citados, de una parte la Constitución reconoce el derecho al trabajo, y por otro lado, en materia específica de protección contra el despido, dispone la implementación de un marco legal que regule el tipo de tutela que corresponderá a los trabajadores que hayan sido objeto de un despido ilegal.

De esta forma, si fuese el derecho al trabajo previsto en el artículo 22 de la Constitución, el que determinase la procedencia de la tutela restitutoria ante el despido sin justa causa resultaría innecesario el artículo 27 de la Constitución. Sin embargo, precisamente es la aludida disposición la que impone la necesidad de desarrollar una legislación que confiera al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Siendo ello así, consideramos erróneo sostener que la sola invocación y afectación del derecho al trabajo importa el derecho a la reposición por cuanto ello supondría calificar de superflua la necesidad del desarrollo legal que ordena el acotado artículo 27.

V. DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

1. El derecho fundamental al trabajo y la tutela resarcitoria

Conforme se ha mencionado en reiterada jurisprudencia, el TC ha modificado sustancialmente el régimen de estabilidad laboral al conceder la tutela restitutoria a supuestos de despido incausado y fraudulento, bajo la premisa de que estos configuran una vulneración al derecho al trabajo, en su vertiente de conservación del empleo.

Resulta así relevante evaluar si otros ordenamientos jurídicos y tratados internacionales que, al igual que la Constitución peruana, consagran el derecho al trabajo y la protección contra el despido han concluido que la afectación de este derecho debe necesariamente dar lugar a la tutela restitutoria, es decir, a la reposición o si admite diversos tipos de tutelas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, consagra el derecho al trabajo en su artículo 23. De la misma forma, el inciso a) del artículo 1 de Protocolo Adicional de la Carta Social Europea establece que los Estados Partes deben garantizar la protección contra el despido.

Análogamente, el inciso a) del artículo 55 de la Carta de Naciones Unidas establece que esta organización debe promover trabajo permanente para todos. A ello se agrega el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Pidesc), que igualmente reconoce el derecho al trabajo y la obligación de

los Estados de implementar medidas adecuadas destinadas a la protección de los trabajadores frente al despido.

Son numerosísimos los Estados que han ratificado estos criterios y sin embargo, consagrar el derecho al trabajo no ha sido óbice para que sea la tutela resarcitoria, estos es, la estabilidad laboral relativa –y no la absoluta– la que prevalezca en el Derecho Comparado.

De igual manera, el derecho al trabajo se encuentra consagrado por el artículo 6 en el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, (Protocolo de San Salvador) sin perjuicio de lo cual su artículo 7 dispone:

“Artículo 7.- Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

(...)

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Similar tratamiento surge del artículo 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador el cual señala:

“Artículo 10.- Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Así, el Convenio 158 prevé que sean los Estados los que determinen si sus autoridades competentes estarán facultadas o no para ordenar la tutela restitutoria ante la vulneración del derecho al trabajo, admitiendo así que la indemnización pueda ser un mecanismo adecuado de reparación, incluso si estimasen que en función de particulares circunstancias la reposición no resultase viable.

De la misma forma, el artículo II-90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea consagra que: “Todo trabajador tiene derecho a la protección en caso de despido injustificado de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

A mayor abundamiento, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual establece:

“Artículo 30.- Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

Del artículo citado se desprende que en el ámbito comunitario europeo se reconoce que corresponderá a la legislación y prácticas nacionales regular la forma de proteger al trabajador ante el despido injustificado de forma que los respectivos ordenamientos establezcan mecanismos de tutela con base en sus circunstancias económicas y contextos sociales particulares.

En esa misma línea, y a modo de ejemplo, resulta oportuno analizar algunas de las Constituciones europeas.

La Constitución española de 1978 reconoce el derecho al trabajo en los términos siguientes:

“Artículo 35.- Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo (...)”.

Sin embargo, la legislación española reconoce la tutela restitutoria ante lo que correspondería a despidos nulos en el ordenamiento legal peruano o despidos con violación de derechos fundamentales. A su vez, tipifica como despido improcedente aquel en el que no resulta acreditado el incumplimiento alegado por el empleador o no se hubieran cumplido con las exigencias formales establecidas. Repárese que un despido improcedente afecta, igualmente, el derecho al trabajo, de

plasmación constitucional en el ordenamiento español, pero no por ello, corresponde en tal supuesto la tutela restitutoria⁽²³⁾.

De la misma forma, la Constitución holandesa, reconoce en el artículo 19 el derecho al Trabajo y la libertad del legislador de establecer el marco protector del derecho al trabajo.

“Artículo 19.- Los poderes públicos fomentan una política orientada a lograr oportunidades de empleo suficientes; La ley regulará el estatuto de los trabajadores y su protección en el trabajo (...)”.

El caso de Holanda merece una particular atención, ya que a efectos de que el empleador pueda legítimamente prescindir de los servicios de un trabajador deberá contar con una autorización administrativa previa. Es importante acotar que en la práctica los criterios de la autoridad administrativa respecto a las causas que legitiman el cese son bastante abiertos, admitiéndose profusamente causales relativas a la situación económica de la compañía. Ahora bien, en defecto de dicha autorización el despido será considerado nulo, y, por consiguiente, ineficaz siendo –en teoría– obligación del empleador reponer al trabajador afectado. Sin embargo, en la práctica, la judicatura favorece el pago de una indemnización antes que la reincorporación debido a que en la gran mayoría de casos es considerada inviable⁽²⁴⁾.

Del mismo modo la Constitución alemana otorga el máximo reconocimiento al derecho al trabajo y a su salvaguarda.

“Artículo 74.- La legislación concurrente abarca las siguientes materias (...)

12. El derecho del trabajo, incluyendo la organización de la empresa, la salvaguarda del trabajo y las oficinas de colocación, así como la seguridad social con inclusión del seguro de desempleo”.

El ordenamiento jurídico alemán establece que ante la ocurrencia de un despido ilícito, procederá la tutela restitutoria. Sin embargo, los jueces alemanes han entendido que este tipo de garantía frente a la afectación del derecho al trabajo resulta frecuentemente inadecuado. Por consiguiente, en la práctica, la tutela imperante en los casos de despido ilícito es la resarcitoria. Resulta interesante el hecho de que el ordenamiento alemán no ha establecido los parámetros sobre

(23) MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. “Guía Laboral - Actuaciones en caso de despido”. Madrid. Revisado 7 de octubre de 2014. En: <http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_17_3.htm>.

(24) ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. Loc. cit., p. 287.

los cuales deba calcularse el monto de la indemnización, dándosele plena libertad a las partes para determinar el monto que estas consideren adecuado. Sin embargo, en líneas generales el mercado laboral ha determinado que las indemnizaciones oscilen entre 30 % y el 100 % de la remuneración por año de servicios⁽²⁵⁾.

Finalmente, bajo la misma lógica, las Constituciones de Bélgica⁽²⁶⁾, Luxemburgo⁽²⁷⁾, Malta⁽²⁸⁾, Grecia⁽²⁹⁾, entre otras, reconocen plenamente el derecho fundamental al trabajo y su ejercicio, admitiendo una gama de mecanismos para su tutela, los cuales responden a diversos criterios como las circunstancias económicas y sociales, la viabilidad de la medida, la gravedad del despido calificado de ilícito, etc.

Así, pues, el común denominador de los instrumentos internacionales y ordenamientos constitucionales antes referidos consiste en el reconocimiento del derecho al trabajo y así como el derecho a la adecuada protección frente al despido, sin que por ello se determine que el único mecanismo de tutela adecuado frente a un despido ilícito sea la reposición, salvo despidos discriminatorios. Más aún, como advierte Álvarez del Cuvillo, del estudio comparado de los regímenes laborales de diferentes Estados europeos surge que la indemnización por despido improcedente es la principal garantía jurídica frente a la arbitrariedad empresarial⁽³⁰⁾.

Análogamente, en el ámbito latinoamericano, la gran mayoría de Estados también ha incorporado a sus textos constitucionales el derecho al trabajo.

La Constitución argentina, reconoce en su artículo 14 el derecho al trabajo. Asimismo, desarrolla el contenido del referido derecho en el artículo 14 bis.

“Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar (...)

Artículo 14. bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de (...) protección contra el despido arbitrario; (...).”

(25) *Ibidem*, p. 279.

(26) Artículo 23.- Cada uno tiene el derecho de llevar una existencia conforme con la dignidad humana. A tal fin, la ley, el decreto o la disposición en el artículo 134 garantizarán, teniendo en cuenta los correspondientes deberes, los derechos económicos, sociales y culturales, y determinarán las condiciones de su ejercicio.

(27) Artículo 11.- El Estado garantiza el derecho al trabajo y asegura a todos los ciudadanos el ejercicio del mismo.

(28) Artículo 7.- El Estado reconoce el derecho de todos los ciudadanos al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo ese derecho

(29) Artículo 22.- El trabajo constituye un derecho y queda bajo la protección del Estado (...)

(30) ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio. *Ob. cit.*, p. 292.

En el caso argentino, el régimen de protección frente al despido se caracteriza por sancionar el despido ilícito con el pago de una indemnización, siendo, únicamente procedente la reposición en los supuestos en que el despido responde a consideraciones antisindicales, criterio que ha sido ampliado jurisprudencialmente a todo cese que sea producto de prácticas discriminatorias.

Bajo la misma lógica, la Constitución de Colombia otorga el mayor reconocimiento al derecho al trabajo. Así la referida norma fundamental establece:

“Artículo 25.- El Trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

El marco legal colombiano establece que ante el despido injustificado únicamente procederá el pago de una indemnización tarifada de conformidad con los topes establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo⁽³¹⁾. Sin perjuicio de ello, la justicia constitucional, producto de la evolución jurisprudencial, ha determinado que corresponderá la reposición –o estabilidad reforzada– a los trabajadores cesados por razones discriminatorias. Así, la Corte Constitucional de Colombia, ha otorgado esta tutela a trabajadoras gestantes, discapacitados o sindicalizados, etc.

De igual manera, en la Constitución chilena también se reconoce el derecho al trabajo.

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

16. La libertad de trabajo y su protección”.

Las normas infraconstitucionales chilenas establecen un régimen de estabilidad relativo donde únicamente procede el pago de una indemnización en caso de despidos injustificados. Así, el ordenamiento chileno considera que la tutela resarcitoria (indemnización importa una sanción adecuada ante la vulneración al derecho al trabajo).

(31) Artículo 64.- Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si este da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización (...).

Se corrobora, pues, con base en lo expuesto, que en numerosos ordenamientos el derecho al trabajo es objeto de diversas tutelas estableciéndose mayoritariamente un sistema mixto en el que la tutela restitutoria opera fundamentalmente en casos de despidos discriminatorios, mientras que para el resto de despidos ilícitos solo se reconoce la tutela resarcitoria.

VI. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TC

El TC ha basado su razonamiento en que los casos de despido incausado y fraudulento configuran una afectación al derecho al trabajo únicamente remediable con la reposición del trabajador.

En esa línea autores como Baylós y Pérez sostienen que la implementación de un sistema de protección frente al despido ilícito que admita la tutela resarcitoria en desmedro de la tutela restitutoria “banaliza el despido”⁽³²⁾ y niega el verdadero contenido y alcance del derecho al trabajo que por su naturaleza debe ser exigible y eficaz.

No compartimos esa posición. Creemos que esa tesis parte de una noción de derecho fundamental que no distingue los límites del contenido esencial de los derechos fundamentales (delimitado por las obligaciones y prerrogativas que determinada situación jurídica confiere a un sujeto de derecho) con las garantías que el ordenamiento prevé ante la vulneración de este.

Dicho en otros términos, esta aproximación de los derechos fundamentales, aplicada al caso particular del derecho fundamental al trabajo, nos llevaría a sostener que el fundamento, y por consiguiente, la existencia del mismo se encuentra condicionada al establecimiento de un determinado tipo de tutela, no obstante que la protección de un derecho fundamental puede materializarse a través de distintas vías, como lo reconocen los tratados internacionales y los diferentes ordenamientos constitucionales que consagran el derecho al trabajo, sin reconocer la tutela restitutoria, esto es la reposición de modo generalizado.

Esta visión encierra en última instancia una concepción utilitarista respecto a los derechos fundamentales, en donde únicamente se reconocería la existencia

(32) BAYLÓS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. 1ª ed., Trotta, Madrid, p. 44.

plena de un derecho en tanto el ordenamiento haya establecido mecanismos de extrema tutela y reduce el contenido esencial de los derechos fundamentales a las garantías judiciales previstas por el ordenamiento ante su afectación⁽³³⁾. A su vez, desconoce la libertad de los órganos legislativos del Estado para construir y adoptar mecanismos de tutela que resulten funcionales a de sus propias variables y condicionamientos sociales y económicos.

Así, estimamos que debe favorecerse una aproximación estructural de los derechos fundamentales, como la que propone Luigi Ferrajoli, en virtud de la cual se distingue fehacientemente el contenido de los derechos y las garantías judiciales previstas ante su afectación.

De acuerdo a Ferrajoli, la extendida creencia de que el contenido del derecho fundamental comprende las garantías judiciales que el ordenamiento jurídico depara ante su vulneración, no solo resulta imprecisa, sino que impide el reconocimiento de los verdaderos alcances de un determinado derecho, así como la construcción de nuevos esquemas optimización, maximización, ponderación y tutela. En ese sentido, el autor propone el abandono de paradigmas tradicionales a efectos de lograr una aproximación concluyente sobre el contenido de los derechos fundamentales.

Como señala este autor, derecho y garantías no son lo mismo, toda vez que puede encontrarse reconocido un derecho fundamental sin que paralelamente se haya establecido un mecanismo de garantía específico respecto de su aplicación. Ese, precisamente, ha sido el derrotero de la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, con base en los cuales se han establecido verdaderos principios informadores del sistema jurídico y prefiado la ruta de su ulterior desarrollo, no obstante que no necesariamente los respectivos ordenamientos hayan previsto garantías específicas que aseguren la plena eficacia del derecho. Por ello, si un derecho está consagrado en un ordenamiento, pero no ha sido objeto de una garantía específica ello no determinará la inexistencia del derecho sino la carencia de la garantía. Respecto de esta habrá una laguna que el derecho deberá colmar estableciendo formas o mecanismos que permitan la adecuada implementación del derecho reconocido, precisamente por reconocerse su existencia.

La diferenciación que propone Ferrajoli permite advertir la autonomía del contenido del derecho fundamental al trabajo, respecto de los mecanismos de tutela que el ordenamiento pueda consagrar para el despido sin justa causa. Así, el

(33) FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2007, p. 55.

contenido esencial de un derecho fundamental, como corresponde al derecho al trabajo, puede gozar de pleno reconocimiento jurídico y paralelamente admitirse diversos tipos de garantías o protección frente al despido ilícito. Son pues, dos cosas distintas derecho y garantía.

En ese sentido, resulta cuestionable la posición del TC en virtud de la cual liga inexorablemente el derecho fundamental al trabajo con la garantía de tutela restitutoria, debido a que desconoce que las particularidades propias del contenido esencial del derecho al trabajo admiten la aplicación de una gama variada de garantías jurídicas.

Respecto a las características especiales del contenido del derecho fundamental al trabajo cabe destacar lo señalado por Bobbio:

“El derecho al trabajo no basta con fundamentarlo, ni con proclamarlo. Pero tampoco basta protegerlo. El problema de su ejercicio no es un problema filosófico ni moral. Pero tampoco es un problema netamente jurídico. Es un problema cuya solución depende también de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la Constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica⁽³⁴⁾.

De lo expuesto por Bobbio se desprende que la complejidad del contenido del derecho fundamental al trabajo marca la necesidad de reconocer mecanismos de tutela variados y compatibles con los diversos aspectos e implicancias sociales inmanentes a su ejercicio. En ese sentido, pretender que la tutela restitutoria es el único mecanismo eficaz ante la vulneración de un derecho tan complejo como lo es el derecho fundamental al trabajo no es sino una añoranza de la estabilidad laboral absoluta que rigió en el Perú, que la Constitución vigente no postula al igual que los instrumentos internacionales y constituciones que han consagrado el derecho al trabajo.

Ojeda Avilés, refiriéndose al caso español, señala que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha introducido el principio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales laborales y el derecho a la libre empresa y que esa ha sido la tónica predominante en los tribunales de los países desarrollados en esta primera etapa del siglo XXI, esto es, hacer factible un sofisticado equilibrio entre derechos fundamentales de los trabajadores y de los empresarios. Señala, a su vez, la aceptación universal de la idea de que hay unos derechos más básicos que

(34) BOBBIO, Hugo. *L'età dei diritti*. Einaudi, Traducción al español de R. de Asís Roig, Torino, 1991; *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, p. 82.

otros lo cual determina que resultará válido que existan distintos niveles de protección judicial y legal⁽³⁵⁾.

Abrigamos, pues, la esperanza de que la renovada composición del actual Tribunal Constitucional reevalúe los criterios que ha venido desarrollando y tomando en cuenta que la Constitución peruana igualmente garantiza el derecho a la libertad de empresa, reencause el régimen de protección contra el despido injustificado adecuándolo al modelo constitucional vigente.

(35) OJEDA AVILÉS, Antonio. “Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿La ecuación imposible?”. En: *Tribuna Social*. N° 217, Madrid, 2008, p. 15.