

ESTADO ACTUAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

Hace casi 45 años se dictó la primera ley de estabilidad laboral y desde entonces los debates acerca del grado de protección que el orden jurídico debe prestar al trabajador en caso de despido no han cesado. En ese periodo, la normativa sobre la estabilidad laboral ha sufrido numerosos cambios, en algunos casos profundos, pero, asumiendo una perspectiva histórica podemos afirmar que, más allá de la cantidad de normas que han regulado el despido y la protección del trabajador ante este evento, dos modelos han estado en juego y se han sucedido el uno al otro. Uno es un modelo que podemos calificar como “garantista” y el otro es un modelo de “mínima protección”. En la perspectiva histórica, primero arribó a nuestro ordenamiento jurídico el modelo “garantista”, el cual fue sucedido por el modelo de “mínima protección” que es el que actualmente nos rige.

Aunque el propósito de esta ponencia es analizar la situación actual de la estabilidad laboral, no creemos adecuado realizar ese análisis sin referirnos, previamente, al proceso histórico de la estabilidad en el trabajo en el Perú, ya que a partir del conocimiento de este podemos intentar comprender el por qué del cambio de modelo así como, a su vez, los problemas y posibilidades que este último plantea. De este modo, empezaremos esta exposición estudiando, en primer lugar, la configuración legal de la estabilidad para luego, a renglón seguido, referirnos a sus fundamentos teóricos, en la doctrina del Derecho del Trabajo. Hecha esta presentación ingresaremos al análisis de la situación actual creada por las normas legales que regulan el despido, para finalizar con el examen del cambio que en materia de protección del despido ha significado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el despido lesivo de derechos fundamentales.

I. EL MODELO GARANTISTA DE ESTABILIDAD LABORAL: SU CONFIGURACIÓN LEGAL

1. La estabilidad laboral absoluta

Entre los años 1970 y 1990, el Perú contó con un régimen legal de estabilidad en el trabajo que podía ser calificado como de “estabilidad laboral absoluta”⁽¹⁾. Durante este periodo tres normas legales sucesivas y una norma constitucional regularon el derecho del trabajador a la estabilidad laboral. Analizaremos este modelo tanto desde la perspectiva de la protección contra el despido –o “estabilidad de salida”– cuanto desde la perspectiva del régimen de contratación laboral –o “estabilidad de entrada”–.

A. La protección contra el despido injustificado

1) El Decreto Ley N° 18471

El derecho de estabilidad en el trabajo fue introducido por la ley: el Decreto Ley N° 18471, promulgado el 10 de noviembre de 1970, instituyó un régimen de estabilidad laboral que comprendió a los “trabajadores de la actividad privada y los de las empresas públicas” (art. 1).

El derecho lo adquiría el trabajador, al cumplir el periodo de prueba de tres meses, momento a partir del cual solo podía ser despedido por causas justas señaladas en la ley, a saber: i) falta grave, y ii) reducción de personal por causas económicas o técnicas o por liquidación de la empresa. La falta grave estaba taxativamente enumerada en la ley (art. 2) y en el caso de considerarse injustificado el despido fundado en aquella la medida reparadora prevista era la reposición del trabajador en su mismo puesto de trabajo, aunque también se reconoció a aquel el derecho a optar por una indemnización equivalente a tres meses de remuneraciones. La reposición era obligatoria y no cabía contra ella recurso ni oposición alguna del empleador.

El despido colectivo –denominado “reducción de personal”– por causas económicas, técnicas y caso fortuito o fuerza mayor, o en caso de liquidación de la empresa, solo procedía previa autorización del Ministerio de Trabajo, luego de

(1) Entendiendo por este aquel en el cual la medida reparadora en caso de un despido injustificado o arbitrario es la reposición del trabajador en su centro de trabajo, a diferencia de la denominada estabilidad “relativa” en la que la reparación al despido consiste en el pago de una indemnización, sin que el trabajador retorne a su puesto de trabajo.

seguirse un procedimiento administrativo en cuyo desarrollo las partes podían conciliar sus puntos de vista y celebrar un acuerdo.

2) El Decreto Ley N° 22126

Luego de poco más de 7 años de vigencia, el D.L. N° 18471 fue derogado y sustituido por el Decreto Ley N° 22126, vigente a partir del 21 de marzo de 1978.

La diferencia fundamental entre esta norma y la anterior, radicó en postergar la adquisición del derecho a la estabilidad laboral absoluta, la cual fue condicionada al cumplimiento de tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador (art. 2.b). Con ello, se creó un “periodo adquisitivo de la estabilidad”, intermedio entre el vencimiento del periodo de prueba, y la adquisición de la estabilidad (en concreto 2 años y 9 meses) durante el cual el trabajador podía ser despedido sin causa justificada mediante un preaviso que el empleador debía cursarle noventa días antes de la fecha del cese. La omisión del preaviso, es decir el despido llamado “intempestivo”, daba derecho a percibir una indemnización especial equivalente a las remuneraciones de dicho plazo (art. 28).

Se retornó, sin duda, durante aquel lapso –un verdadero *hinterland*, entre el periodo de prueba y la adquisición de la estabilidad laboral– al despido libre o *ad nutum*, carente de causa justificada, sujeto únicamente el preaviso o a la indemnización sustitutoria de este, por lo cual no podía calificarse esa etapa como de “estabilidad relativa” pues esta supone, como mínimo, la exigencia de una causa que justifique el despido, aunque, la reparación del que se produce injustificadamente, no se efectivice mediante la reposición del trabajador sino con el pago de una indemnización.

El trabajador después de cumplir tres años de servicios continuos solo podía ser despedido por falta grave o al sobrevenir causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, a las que se refirió la ley como “situaciones excepcionales”. El D.L. N° 22126, empero, concedió el beneficio de la estabilidad absoluta, sin necesidad de tener tres años de servicios, a los dirigentes sindicales, dejando a criterio de la autoridad administrativa de trabajo fijar el número de dirigentes que en cada nivel de organización sindical podía gozar de esa protección (art. 33).

La falta grave, al igual que en la ley anterior, quedó enumerada taxativamente, pero se amplió la lista de los actos del trabajador tipificados como falta (art. 4). También se incluyó, modificando el reglamento de la Ley N° 4916 (art. 26), las faltas del empleador y los medios de reclamación ante los actos de hostilidad de este y el llamado “despido indirecto”.

La indemnización, para quien a optara por esta, fue elevada de tres a doce remuneraciones mensuales, pero estableciendo un tope para el monto mensual de dicha remuneración, igual al entonces vigente para la compensación por tiempo de servicios, fijado en el D.L. N° 21396⁽²⁾.

Esta ley, también incorporó disposiciones destinadas a limitar el “trabajo no estable”, imponiendo a las empresas máximos para el número de trabajadores que podrían tener en periodo de prueba y en el régimen de *part time* o jornada de trabajo inferior a 4 horas diarias.

3) La Constitución de 1979 y la Ley N° 24514

a) La estabilidad laboral como derecho constitucional

El “derecho a la estabilidad en el trabajo” fue reconocido de modo expreso por el artículo 48 de la Constitución de 1979, el cual señaló 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”.

Los Decretos Leyes N°s 18471 y 22126, que fueron, sucesivamente, las dos primeras leyes sobre estabilidad en el trabajo no tuvieron fundamento en una norma superprimaria a la cual ceñirse. En efecto, la estabilidad laboral ingresó al Derecho peruano del Trabajo –como gran parte de las normas que lo integran– por acto del legislador⁽³⁾, sin que este viniera obligado o encuadrado por una disposición de jerarquía suprema, como las que integran la Constitución Política. En tal virtud, el modelo de estabilidad laboral establecido por vía legal, podía ser modificado sustancialmente o, inclusive, suprimido, siempre que tales cambios o supresión se hicieran mediante otra norma de igual jerarquía.

(2) Al efectuarse, por error de técnica legislativa, la remisión a dicha norma y no al régimen de ese beneficio (aplicable a los ingresados después del 11 de julio de 1962), la posterior elevación del tope de esa compensación (CTS) no tuvo el mismo efecto respecto de la indemnización por despido que, poco a poco, por efectos de la inflación, devino en una cantidad irrisoria, insuficiente para configurar una alternativa atrayente frente a la posibilidad de la reposición en el trabajo.

(3) El cual, además, en el caso específico de las normas mencionadas, no fue el Congreso o Parlamento, que es titular del Poder Legislativo en los regímenes constitucionales, sino el denominado “Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada”, que desde el golpe militar del 3 de octubre de 1968 hasta el 28 julio de 1980, ejerció, de facto, la función legislativa mediante “decretos leyes”.

Por el contrario, al entrar en vigencia, a partir del 28 de julio de 1980 la Constitución de 1979, la situación adquirió, desde la perspectiva del Derecho, una connotación completamente distinta, al reconocer esta carta la “estabilidad en el trabajo” como derecho constitucional. Reconocimiento este, que la ley fundamental no formuló en términos “programáticos”, de modo tal que se remitiera a la ley determinar el contenido concreto de aquel derecho, sino que el propio texto constitucional efectuó las definiciones y elementos básicos del mismo, configurando el contenido esencial que el constituyente quiso dar a dicha institución, por lo que la actuación futura del legislador en este campo vino a quedar subordinada a los parámetros de la norma constitucional⁽⁴⁾.

b) El desarrollo legal del derecho constitucional a la estabilidad: la Ley N° 24514

En armonía con la norma constitucional, se dictó, esta vez por el Poder Legislativo, una nueva Ley de Estabilidad en el Trabajo (LET), la Ley N° 24514, que entró en vigencia el 6 de junio de 1986. Esta norma:

- b.1)** Restableció la adquisición de la estabilidad laboral desde el vencimiento del periodo de prueba, eliminando así el periodo de “adquisición” del derecho extendido a tres años por el derogado D.L. N° 22126⁽⁵⁾.
- b.2)** A diferencia de la norma anterior, enumeró (LET, art. 4) las “causas justas de despido” y, al hacerlo, plasmó una concepción o sentido amplio del despido, al considerar como tales, además de la falta grave, a las “situaciones excepcionales” de la empresa, fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, la inhabilitación para el ejercicio de la actividad impuesta por la Autoridad Judicial y la privación de la libertad por sentencia judicial en caso de delito doloso.

(4) Cfr. SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana”. En: AA.VV. *Trabajo y Constitución*. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1989, pp. 82-135.

(5) Retornó, así, en esta materia, al criterio originalmente establecido por el D.L. N° 18471.

- b.3)** Introdujo, acogiendo uno de los más interesantes aportes del Convenio 158 OIT⁽⁶⁾, un procedimiento previo al despido, para que el trabajador ejerciera su defensa ante las faltas graves imputadas por el empleador⁽⁷⁾.
- b.4)** Rodeó al despido de garantías formales efectivas, sancionando la vulneración u omisión de dichos requisitos con la declaración de improcedencia del despido, con efectos similares a la calificación de este como injustificado.
- b.5)** Unificó las acciones impugnatorias del despido, al descartar, en armonía con los preceptos constitucionales sobre la potestad jurisdiccional del Estado, la vía administrativa para la reclamación que tuviera como pretensión la reposición del trabajador⁽⁸⁾, y establecer como vía única, en sede judicial, la acción de calificación del despido, mediante la cual, una vez declarado injustificado o improcedente el despido, el demandante podía optar, en ejecución de sentencia, por su reposición o el pago de la indemnización por despido. Elegida la reposición esta era forzosa, sin posibilidad alguna de oposición de parte del empleador, a quien, en caso de resistencia, se le aplicaba la coerción penal introducida inicialmente por el D.L. N° 22126.
- b.6)** Introdujo medidas cautelares en el proceso de impugnación, consistentes en la facultad del juez de, a solicitud del trabajador, suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional de aquel, así como el otorgamiento al demandante de una “asignación provisional” a título de un auxilio económico durante el proceso.

(6) Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982.

(7) Al ser “previo” al posible despido, este procedimiento tenía lugar dentro del ámbito de la empresa y ante el propio empleador, a quien correspondía adoptar la decisión final respecto a la extinción de la relación laboral. En el modelo de la LET, la omisión de este procedimiento, conllevaba la declaración de improcedencia del despido y la consiguiente condena del empleador a reponer al trabajador.

(8) Bajo la vigencia de los Decretos Leyes N°s 18471 y 22126, la pretensión de reposición del trabajador debía ser tramitada ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, a la cual se otorgó la facultad de resolver la impugnación del despido cuando el vínculo laboral estaba vigente. Solo en caso de que el trabajador optara por solicitar el pago de la indemnización por despido, como reparación del mismo, debía interponer una demanda ante el Juez de Trabajo.

- b.7) Comprendió en el derecho de estabilidad laboral a los trabajadores de confianza, limitando, sin embargo, la eficacia reparadora del despido injustificado o improcedente, a la indemnización.
- b.8) Tipificó como “faltas del empleador” las conductas lesivas a la libertad sindical y derechos políticos del trabajador, así como su discriminación basada en su creencia religiosa o raza (LET, art. 25, inc. g.); y, de la misma manera, los actos contrarios a la dignidad e intimidad de aquel, como el “hostigamiento sexual” y otros de índole similar (LET, art. 25, inc. h).
- b.9) Impuso estrictas limitaciones al trabajo no estable, en particular para los trabajadores en periodo de prueba y aquellos sujetos a jornada inferior a cuatro (4) horas diarias, y sancionó la violación a la prohibición de utilizar personal pagado por entidad distinta y extraña al centro laboral, con excepción de aquel puesto a disposición por empresas de servicios complementarios, reconociendo a dichos trabajadores la existencia de relación laboral de carácter indefinido con la empresa usuaria, desde el momento en que le prestaron servicios.

B. El régimen de contratación laboral

1) Contratos de duración determinada

Como es bien conocido, la estabilidad laboral de “salida”, entendida como “protección contra el despido” se relaciona inseparablemente con la estabilidad laboral de “entrada”, esto es con el régimen de contratación laboral, pues la primera solo tiene sentido cuando prevalece la contratación de duración indeterminada y, en cambio, pierde toda significación cuando se reconoce al empleador la facultad unilateral de establecer discrecionalmente la duración del contrato, sin atender a la naturaleza –permanente o temporal– de la labor a realizar. Por ello, poco antes de dictarse el Decreto Ley N° 18471, se expidió el Decreto Ley N° 18138⁽⁹⁾ que reguló la contratación temporal, estableciendo que en los centros de trabajo donde se realizaran labores que por su naturaleza fueran permanentes o continuas, podían celebrarse contratos individuales a plazo fijo o para obra determinada solo cuando así lo exigiera la naturaleza accidental o temporal del servicio a

(9) Se dictó el 6 de febrero de 1970.

prestar o de la obra a ejecutar. De esta forma la contratación de duración determinada quedó limitada, estando sujeta a parámetros legales estrictos, ajenos a la voluntad del empleador, por lo cual revistió carácter excepcional respecto de la contratación de duración indeterminada erigida en la regla general.

2) Contratación indirecta: empresas de servicios

El D.L. N° 22126, admitió la prestación de servicios por personal ajeno a la empresa, a través de empresas de servicios que tuvieran contrato con una empresa a la cual brindarían servicios de tipo complementario, con su propio personal, pero prohibió la intermediación laboral, señalando que la prestación de servicios en una empresa no podía ser realizada por personal remunerado por entidad distinta y extraña al centro laboral, salvo el caso de las empresas de servicios. La ley no precisó, sin embargo, las sanciones y efectos laborales derivados de la violación de esta prohibición lo que, en la práctica, significó durante su vigencia una forma de evasión de la estabilidad laboral, a través de la contratación de empresas de servicios sin verdaderos requisitos de tales o que prestaban servicios en las actividades principales de la empresa usuaria.

II. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL TRABAJO

El establecimiento de la estabilidad laboral en el Perú, –y en otros países en general– es el producto del desarrollo del Derecho del Trabajo y a la aplicación de ciertos principios que rigen a esta disciplina, en los cuales aquella encuentra fundamentos firmes. Toca preguntarnos cuáles son estos y en qué forma conducen, necesariamente, a la creación de normas destinadas a amparar al trabajador en caso de un despido injustificado.

1. El principio protector y la protección frente al despido. Evolución histórico-jurídica

Pacíficamente, se considera que el “principio protector” es el más importante de los que inspiran el Derecho del Trabajo y, quizás, como lo sostiene De la Villa el único verdaderamente específico del Derecho del Trabajo⁽¹⁰⁾.

(10) DE LA VILLA GIL y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (directores). *Los principios del Derecho del Trabajo*, Presentación. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, p. 10.

La trascendencia individual y social que, indudablemente, reviste el despido ha determinado que en esta figura se concentren, en mayor medida, los esfuerzos del legislador para rodearla de exigencias sustantivas y formales que, a su vez, constituyan para el trabajador garantías destinadas a protegerlo frente a decisiones extintivas del empleador que solo tengan como fundamento la discrecionalidad de su voluntad.

Naturalmente, a este grado de protección solo se ha podido llegar después de una evolución que, al decir de Martín Valverde “no ha sido lineal” y que se ha caracterizado por la constante divergencia de intereses, entre empleadores y trabajadores acerca de la regulación legal de la extinción del contrato de trabajo⁽¹¹⁾. Divergencia esta que, en no pocos casos, se ha resuelto mediante fórmulas legislativas conciliadoras entre los principios de “libertad contractual” o de empresa, de un lado, y de “estabilidad en el empleo” o “continuidad”, del otro⁽¹²⁾.

E, inclusive, aunque para un determinado periodo histórico sea posible reconocer un proceso evolutivo, en el sentido de un constante progreso en la creación de mecanismos protectores contra el despido, cada vez más amplios y eficaces –que acaso alcanzó su cénit con su formulación en el plano internacional mediante el Convenio 158 de la OIT, el año 1982–, hoy en día, a la vista de los cambios operados en numerosas legislaciones laborales en la última década, en nombre de la denominada “flexibilización” del derecho del Trabajo, resulta difícil sostener el carácter evolutivo de aquel proceso⁽¹³⁾.

Con todo, es posible trazar el derrotero que en el plano histórico-jurídico ha seguido la regulación legal del despido, no solo para reconocer la significación que este ha tenido, sino, de igual manera, para identificar aquellos elementos surgidos en los sistemas de protección que, por así decirlo, han adquirido “carta de ciudadanía” en el Derecho del Trabajo y, por esta razón, se mantienen presentes, a veces reformulados, en los nuevos esquemas inspirados por las corrientes flexibilizadoras.

(11) Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 533.

(12) Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 11ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 447.

(13) En el contexto de la flexibilización “(...) es común que se argumente que las posibilidades de adaptación rápida tropiezan con una reglamentación del trabajo que establece un sistema de protección contra el despido que dificulta o inclusive imposibilita la movilidad de la mano de obra (...) Para solucionar esta rigidez se preconiza la flexibilidad de la contratación laboral, que en términos realistas se pudiera traducir por la expresión “mayor facilidad para despedir”. (BRONSTEIN, Arturo S. “La flexibilidad del trabajo: Panorama general”. En: AA.VV. *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional*. Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Barquisimeto, 1990, p. 32.).

Desde la perspectiva de que el despido del trabajador comporta la manifestación de un “poder” que se reconoce al empleador –y que el Derecho Laboral, en general, limita los poderes de este para proteger al trabajador–, podemos distinguir, en la evolución de la protección contra el despido, tres grandes etapas o momentos, determinados en función de la amplitud o intensidad de dicho poder. Estas etapas son las siguientes: A) el despido: poder absoluto, B) el despido: poder limitado, y C) el despido: poder excepcional⁽¹⁴⁾.

A. El despido: poder absoluto

En la etapa previa a la formación del Derecho del Trabajo, cuando los principios e instituciones características de esta disciplina no se encontraban definidas, las relaciones de trabajo cayeron bajo el ámbito de regulación de los códigos civiles o, incluso, los códigos de comercio, que solían encuadrarlas dentro de la figura contractual del arrendamiento de servicios.

Bajo esa perspectiva, se consideraba que el contrato podía ser resuelto libremente, en cualquier momento, por decisión de cualquiera de las partes. Esta concepción, basada en el principio de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes, concedía al empleador el poder discrecional de despedir al trabajador, sin que la validez de su decisión estuviera condicionada por exigencias de fondo, de forma o, menos aún, por la obligación de resarcir al trabajador por la pérdida de su empleo.

La doctrina conoce a esta forma de extinción de la relación de trabajo como despido *ad nutum* que “(...) ha de entenderse como un ejercicio del poder empresarial sin limitaciones de ninguna clase. Sin límites causales, de modo que pudiera ser despedido el trabajador en cualquier momento y sin alegación de causa alguna; sin límites formales, de manera que el despido pudiera realizarse sin necesidad de someterse a reglas o normas formales determinadas, y sin límites en los efectos o consecuencias, de suerte que la resolución no arrastrase consigo la obligación empresarial de indemnizarse daños y perjuicios”⁽¹⁵⁾.

En el despido *ad nutum* la facultad de despedir que se reconoce al empleador es absoluta, discrecional e incausada, por lo que no resulta posible plantear la cuestión de la legitimidad o licitud del despido. Este, constituye, por el contrario, el ejercicio legítimo de una potestad que el ordenamiento jurídico le atribuye y,

(14) Reproducimos en este tema las ideas vertidas en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo”. En: *Derecho*. N° 49, Revista de la PUCP, Lima, diciembre de 1995.

(15) ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. 7ª ed., Ariel, Madrid, 1981, p. 562.

por consiguiente, cualquiera que sea el motivo, –o, aún, la ausencia de este– o la forma utilizada –o, aún la omisión de toda forma propiamente dicha–, el despido decidido libremente por el empleador no es susceptible de ser revisado en sede judicial ni, tampoco, administrativa.

En tal virtud, el trabajador despedido carecía del derecho de impugnar o reclamar contra el despido, con el objeto de alcanzar una reparación económica por los perjuicios que le ocasionaba la pérdida de su puesto de trabajo, y, menos aún, con el de recuperar dicho puesto.

Este sistema rigió en el Perú hasta la dación de la Ley N° 4916, del 7 de febrero de 1924.

B. El despido: poder limitado

Una segunda etapa en la regulación del despido corresponde al desarrollo del Derecho del Trabajo, cuyos principios e instituciones características, inspiradas en la idea de la protección del trabajador como medio para equilibrar la desigualdad real subyacente en la relación trabajador-empleador, se proyectaron, necesariamente, sobre las figuras extintivas de la relación de trabajo, y, en particular, sobre el despido, con el objeto de proteger el empleo del trabajador, limitando, para ello, el poder extintivo del empleador⁽¹⁶⁾.

Señala Van Der Laet⁽¹⁷⁾ que esta evolución ha conocido tres etapas: la exigencia del preaviso antes de proceder al despido; el pago de indemnizaciones en caso de despido, así como la prohibición de despidos en determinados periodos; y, finalmente, la exigencia de que toda terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador deba basarse en una causa que la justifique. Según el laboralista costarricense, esta última etapa corresponde a la institución de la estabilidad en el trabajo.

Refiriéndose a las primeras de esas manifestaciones limitativas del poder de despido del empleador –esto es, el preaviso y la indemnización por despido–,

(16) En este sentido, bien podría afirmarse que esta “segunda etapa” en la regulación del despido, viene a ser la fase primera o inicial de la misma a partir de la formación del Derecho Laboral, pues la etapa del despido libre o ad nūtum, concebido como un poder absoluto del empleador, tiene sede normativa en los códigos civiles o de comercio, que precedieron a las leyes propiamente laborales y que, como es obvio, no solo encuadraron a las nascentes relaciones de trabajo bajo figuras contractuales típicas de dichas disciplinas, sino que, por su propia naturaleza, estaban desprovistos de una inspiración protectora hacia el trabajador.

(17) VAN DER LAAT, Bernardo. “La tutela del trabajador contra el despido ilegítimo en el Sector Privado en Centro América”. En: *Principi per un Codice Tipo di Diritto del Lavoro en América Latina*. Congreso Internazionale, Roma, 1989, pp. 160-161.

Plá, citando una expresión de Martins Catharino, las denomina “limitaciones laborales impropias” y precisa que estas no niegan el derecho a despedir sino que, por el contrario, “parten del supuesto de que es un derecho patronal”⁽¹⁸⁾. Agrega, este mismo autor que “La eficacia de todas estas medidas restrictivas dependerá principalmente de su onerosidad: cuanto más gravosas sean las sanciones, menos despidos injustificados habrá. Si las indemnizaciones son mínimas, no funcionan como sistema restrictivo. Si son elevadas, operan efectivamente como estímulo negativo. Se trata, pues, de una limitación elástica, en la que actúan frenos económicos y no jurídicos”⁽¹⁹⁾.

Este modelo de protección, no obstante introducir limitaciones a la facultad extintiva del empleador, no hace posible el juicio de legitimidad del acto de despido, pues el empleador sigue gozando de una facultad *ad libitum* para despedir, bien que estando, ahora, obligado ya sea a respetar una formalidad o a resarcir al trabajador, o, a veces, a ambas cosas, de acuerdo a las opciones del legislador en cada ordenamiento laboral. Al no exigir al empleador que funde su decisión extintiva en un motivo o causa, el incumplimiento en que incurra este por no respetar tales límites, no afectará la validez ni la eficacia del despido, generando, únicamente, el derecho del trabajador a obtener la reparación correspondiente, eventualmente mediante un mandato judicial.

Se trata, en definitiva, como lo ha calificado la doctrina de un “despido pagado”, no sujeto a requisitos de fondo en cuanto a la existencia de una causa como elemento legitimador del despido.

A esta etapa corresponde el régimen legal instaurado en el Perú con la Ley N° 4916 y su reglamento del 22 de junio de 1928. Estas normas introdujeron en nuestro ordenamiento laboral las figuras del preaviso y de la indemnización por despido, como limitaciones iniciales al poder empresarial de despedir al trabajador⁽²⁰⁾.

(18) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 173.

(19) *Ibidem*, p. 174.

(20) Como lo hemos señalado anteriormente (Vide BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El derecho de estabilidad en el trabajo*. Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, Lima, 1991, p. 235) la compensación por tiempo de servicios nació como una suerte de indemnización por despido, pues su percepción estaba condicionada a que el trabajador fuera separado de su labor por el empleador, sin que hubiera incurrido en una falta grave. Al respecto, Pasco señala que “(...) la compensación por tiempo de servicios fue en su origen una indemnización por despido, habiendo evolucionado en el tiempo para convertirse en un premio a la antigüedad y a la permanencia” (PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Extinción de la relación laboral en el Perú”. En: AA.VV. *La extinción de la relación laboral*. AELE Editorial, Lima, 1987, p. 255).

C. El despido: poder excepcional

Señalan Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia que: “Ingrediente decisivo de esa tendencia legal más favorable a la estabilidad en el empleo fue la restricción de la libertad empresarial de despido, mediante la exigencia de causa justa (...)”⁽²¹⁾.

Plá, por su parte, comparando esta situación con la anterior, en que prevalecían las “limitaciones laborales impropias”, las que a su juicio confirmaban el derecho del empleador para despedir, anota que: “La estabilidad, en cambio, parte del supuesto contrario, o sea, de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay causa justificada”⁽²²⁾.

En tal virtud, el poder empresarial de despedir al trabajador se transforma en un “poder excepcional” en lugar de configurar un poder ordinario. Ello quiere decir que: “No existe dicha facultad salvo en determinadas circunstancias, más o menos excepcionales: el despido está –en principio– prohibido, salvo que concurra una de las causas justas previstas en la ley o en la norma jurídica en cuestión”⁽²³⁾.

La “causa justa” viene, de este modo, a constituirse en el elemento legitimador del despido: en el supuesto habilitante del poder patronal para despedir. La existencia de la causa justa hace emerger el poder empresarial para el despido y convierte a este en un acto legítimo. Por el contrario, la ausencia de una causa justa supone que el despido es un acto arbitrario, basado en un poder de hecho pero carente de legitimidad jurídica.

Ello significa que, producido el despido, el trabajador puede impugnar –generalmente en sede judicial– su legitimidad, y obtener un pronunciamiento judicial que declare inválido aquel acto patronal. Se establece así una diferencia sustancial con la figura del “despido pagado”, en la que solo es posible exigir la compensación económica del despido.

La consideración del despido como un “poder excepcional”, solo admisible en el supuesto de que el trabajador incumpla gravemente sus obligaciones, deriva del hecho de que como, con acierto, lo sostiene un sector de la doctrina el despido, cuando carece de aquel sustento, es un acto de violencia⁽²⁴⁾ porque, como lo

(21) VALVERDE, Martín. Et ál, Ob. cit., p. 534.

(22) PLÁ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 174.

(23) ERMIDA, Oscar. “La estabilidad laboral en América Latina”. En: *Boletín OIT INFORMA*. Año I, núm. 1, 1989, p. 6.

(24) ROMÁGNOLI, Umberto. En: BAYLÓS GRAU, Antonio, PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Trotta, Madrid, 2009, p. 14.

afirma Romagnoli, trastoca radicalmente la situación del trabajador convirtiéndolo en “(...) un moderno *capite deminutus* porque el despido priva a su destinatario no solo de su estatus de empleo, sino también su estatus de ciudadanía”⁽²⁵⁾. En el mismo sentido Baylós Grau afirma que: “El despido como acto irruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado –el no trabajo– en donde se plantea la pesadilla del sin trabajo, es decir de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales”⁽²⁶⁾.

Este razonamiento se encuadra en la idea de que la ciudadanía, tanto social como política, es incompatible con la situación de precariedad de las personas, que las coloca al margen de la vida de la comunidad, es decir, en la exclusión social. En este sentido, el trabajo no solo es una fuente de sustento, personal y familiar, del trabajador sino un mecanismo social de inserción de este en la vida social, una condición necesaria para el ejercicio pleno de su ciudadanía. Por eso, el despido sin sustento o arbitrario (abusivo, injustificado, etc.) debe verse como “(...) un acto de violencia privada, un acto de agresión que, de manera directa e inmediata, pretende alterar el estatus de ciudadanía de una democracia constitucional madura”⁽²⁷⁾.

Es importante señalar que la evolución de los ordenamientos estatales hacia el “despido causal” alcanzó reconocimiento internacional a través del Convenio 158 de la OIT (Conv. 158 OIT) sobre “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador” cuyo artículo 4 dispone que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un empleador a menos que exista para ello una causa justificada”. Al respecto se ha señalado, con absoluta nitidez, que: “La necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio. Al adoptarse este principio, el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización”⁽²⁸⁾.

Asimismo, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988), prescribe en su artículo 7 que: los “(...) Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) **d) La estabilidad de los trabajadores en**

(25) *Ibidem*, p. 12.

(26) BAYLÓS GRAU, Antonio; PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Editorial Trotta S.A., Madrid, 2009, pp. 45-46.

(27) *Ibidem*, p. 49.

(28) CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Protección contra el despido injustificado*. 82ª reunión, Informe III (parte 4B), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, p. 37.

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 en cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional⁽²⁹⁾ (resaltado agregado).

En el Perú, la exigencia de que el despido se fundamente en una causa justa fue introducida por el Decreto Ley N° 18471 que, como hemos visto, estableció un régimen de estabilidad en el trabajo. Con diversos cambios, retrocesos y perfeccionamientos legislativos, el sistema de estabilidad laboral se mantuvo a través del Decreto Ley N° 22126, la Ley N° 24514 (LET), el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo y la actual Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁽³⁰⁾.

Es relevante señalar que la Constitución de 1979 elevó a la categoría de derecho fundamental la estabilidad en el trabajo, pero al derogarse la Constitución de 1979 –por el Congreso Constituyente elegido tras la ruptura del orden constitucional el 5 de abril de 1992–, la Constitución de 1993, suprimió toda referencia a la estabilidad en el trabajo limitándose a señalar, en el artículo 27, que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

2. El principio de continuidad

Este principio lo define Américo Plá como “(...) la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos⁽³¹⁾. Este principio, según sostiene, implica, entre otros alcances, la preferencia por los contratos de duración indefinida y la resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal⁽³²⁾.

A. Con relación a la protección contra el despido

Entre todas estas aplicaciones concretas del principio de continuidad Plá destaca una: “(...) la resistencia a que el empleador pueda interrumpir el contrato por su sola voluntad. La tendencia predominante es que el contrato de trabajo dure mientras se conserve el trabajo, porque cada vez es más firme y extendida la

(29) Este protocolo ha sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448, del 28 de abril de 1995, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de mayo del mismo año.

(30) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

(31) PLÁ RODRÍGUEZ. Ob. cit, p. 154.

(32) *Ibidem*, p. 157.

convicción de que la relación de trabajo solo se debe poder disolver válidamente cuando existe algún motivo justificado⁽³³⁾.

Para el maestro uruguayo, la estabilidad se basa o fundamenta en el principio de continuidad, pero no se confunde ni identifica con este, del cual viene a ser una expresión concreta vinculada a aquella “resistencia” a la disolución de la relación laboral por acto unilateral del empleador, en qué consiste uno de los aspectos de aquel principio.

En la continuidad de la empresa, como operación económica y sus efectos sobre el trabajo, encuentra Ramírez Bosco el fundamento de la estabilidad: “La posibilidad que esta continuidad abre al trabajador es la de “permanencia” (indeterminada): la mayor parte de los trabajadores pueden razonablemente tener una expectativa de permanencia en su puesto de trabajo⁽³⁴⁾. Agrega el laboralista argentino: “Cuando el derecho positivo da protección a tal expectativa aparece el derecho a la estabilidad. La estabilidad es la expectativa de permanencia jurídicamente garantizada (Barassi) o, reordenando los términos con afán de precisión, la garantía jurídica que se da a la expectativa fundada de permanencia (De la Fuente)⁽³⁵⁾.”

La naturaleza indeterminada en el tiempo que tiene la moderna actividad empresarial es la que genera en el trabajador la legítima aspiración a permanecer a su servicio, mientras no surjan razones objetivas para terminar su vínculo con ella. El hecho de que en la inmensa mayoría de los casos el trabajador brinde su fuerza de trabajo a organizaciones económicas, que desarrollan una o varias actividades y buscan constantemente su afianzamiento y expansión, genera en él la expectativa a que se refiere Ramírez Bosco, no por un mero sentimiento afectivo, sino ante todo por las perspectivas de mejoramiento económico y progreso profesional que la antigüedad y la experiencia, que solo se logran con la permanencia en la empresa, puedan permitirle.

A juicio de Ramírez Bosco el derecho a la estabilidad tiene como base la continuidad empresarial y la colocación indeterminada del trabajador en dicha estructura, pues “sin estos datos no hay permanencia cuya expectativa se pueda proteger ni, por lo tanto, lógica para la estabilidad⁽³⁶⁾.”

(33) PLÁ RODRÍGUEZ. Ob. cit., p. 172.

(34) RAMÍREZ BOSCO, Luis. *Manual del despido*. 2ª ed., Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1986, p. 17.

(35) *Ibidem*, p. 19.

(36) *Ibidem*, p. 20.

B. Con relación a la estabilidad “de entrada”

Las anteriores reflexiones llevan a vincular, de manera muy estrecha, la estabilidad laboral, entendida como protección específica frente al despido, con otra de las concretas manifestaciones del principio de continuidad: su preferencia por los contratos de duración indefinida. Ello nos lleva a la cuestión de la denominada “estabilidad de entrada”.

En efecto, el Convenio 158 de la OIT expresa textualmente en el numeral 3 del artículo 2 que “Se deberán preveer garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente convenio”.

A su vez, la Recomendación 166 de la OIT, sobre esta misma materia, precisa que una de las garantías que pueden adoptarse por las legislaciones nacionales es la de “(...) limitar la utilización de los contratos de duración determinada a los casos en que a causa de la índole del trabajo que haya de realizarse, a causa de las condiciones en que deba realizarse o en razón de los intereses del trabajador, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada” [I.3.2) a)].

Según las citadas normas y recomendaciones, la duración indeterminada de la relación de trabajo constituye la regla general, acorde con la naturaleza permanente de la actividad de la empresa, en tanto que la duración determinada de dicha relación sería una excepción únicamente admisible por la naturaleza temporal de ciertas actividades o de ciertas prestaciones de servicio.

Por ello, De la Cueva afirma que: “La estabilidad de los trabajadores en los empleos comprende dos modalidades: la permanencia, persistencia o duración indefinida de las relaciones de trabajo y la exigencia de una causa razonable para su disolución. La primera parte de estas modalidades es la esencia misma de la estabilidad de los trabajadores en los empleos y la segunda es su seguridad o garantía; si esta seguridad falta, la estabilidad sería de mera ilusión”⁽³⁷⁾.

En este sentido, la discrecionalidad del empleador para fijar la duración de la relación de trabajo puede convertirse en un mecanismo para burlar el derecho del trabajador a conservar la relación de trabajo en tanto subsista la actividad de la empresa y no exista una causa que haga imposible la continuidad de aquella. Por ello, sostiene De la Cueva: “(...) la estabilidad en el trabajo sería una mentira si pudieran establecerse libremente periodos de duración de las relaciones de

(37) DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 8ª ed., Tomo I, Editorial Porrúa S.A., México, 1978, p. 755.

trabajo más o menos cortos, transcurridos los cuales quedaría disuelta la relación y separado el trabajador de la empresa”⁽³⁸⁾. Y, precisando más la idea agrega: “Por lo tanto, si la actividad de la empresa continúa, lo que quiere decir que persiste la materia del trabajo (...) la relación no puede ser disuelta por un acto unilateral de voluntad del empresario”⁽³⁹⁾.

Concepción similar sostiene Plá al señalar como razón de fondo para explicar la preferencia del Derecho del Trabajo por los contratos de duración indefinida: “(...) la convicción cada vez más arraigada y generalizada, de que debe ser la duración real del trabajo y no la voluntad de las partes, la determinante de la extensión en el tiempo del contrato”⁽⁴⁰⁾.

La estabilidad para De Buen es el derecho a conservar el trabajo hasta su terminación “natural”: la causa justificada en los contratos de duración indefinida y el tiempo o la obra ejecutada según la naturaleza de la labor, en los contratos de duración determinada. Con sentido gráfico, el autor mexicano acota que “(...) puede expresarse la misma idea señalando que el patrón, por regla general, no puede dar por terminada la relación laboral caprichosamente”⁽⁴¹⁾.

La ineficacia de las normas de protección contra el despido injustificado en un sistema que dejase a criterio de las partes la decisión sobre la duración de la relación laboral es puesta de manifiesto por la doctrina española al sostener que: “La duración indefinida tendría escasa relevancia si cada una de las partes pudiera desistir del contrato en cualquier momento y de forma libre, sin necesidad de causa justa”⁽⁴²⁾.

Entre nosotros, Sanguinetti se ha pronunciado a favor de una concepción de la estabilidad laboral que englobe los dos aspectos ya mencionados. A propósito señala que: “Un derecho de estabilidad en el trabajo que conjugue las indicadas características (protección del trabajador frente al despido sin causa y libertad para fijar la duración del contrato) no sería tal, puesto que aquello que se quiere evitar limitando al despido (la arbitrariedad del empleador) sería posible accediendo a la contratación temporal”⁽⁴³⁾.

(38) DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I, 5ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1978, p. 222.

(39) *Ibidem*, p. 223.

(40) PLÁ RODRÍGUEZ. *Ob. cit.*, p. 159.

(41) DE BUEN, Nestor. *Derecho del Trabajo*. Tomo I, 4ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1981, p. 159.

(42) MARTIN VALVERDE. *Et ál*, *Ob. cit.*, p. 385.

(43) SANGUINETTI RAYMOND. *El derecho ...* *Ob. cit.*, p. 89.

En suma, podemos afirmar que la estabilidad en el trabajo, concebida como el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa o como una limitación a la facultad de poner término discrecionalmente a la relación de trabajo, tiene como fundamento el principio de continuidad y que, más aún, lo presupone, ya que carecería de toda lógica establecer esta garantía contra el despido *ad nutum* si la relación de trabajo, como regla general, se pactara por tiempo determinado, en forma independiente de la naturaleza de la labor a realizar.

La estabilidad-derecho encuentra, de este modo, su propio ámbito de actuación en el marco de las relaciones de trabajo de duración indefinida, configurándose, bajo su aspecto más concreto y práctico, según la gráfica expresión que utiliza Plá, en una verdadera resistencia, jurídicamente amparada, a la rescisión unilateral de dichas relaciones por voluntad del empleador.

3. Garantía de los derechos colectivos

La estabilidad laboral al asegurar la permanencia del trabajador en la empresa, protegiéndolo del despido arbitrario, le garantiza el ejercicio de sus derechos colectivos y libertades sindicales. Esta perspectiva ha sido destacada por Sanguinetti quien aludiendo a la estabilidad laboral señala que: “Su presencia da lugar a una determinada forma de estar en la empresa que, eliminando el temor a represalias y discriminaciones, posibilita el ejercicio de los derechos a la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga, reconocidos también por nuestra Constitución (arts. 51, 54 y 55), y favorece la mejora de los salarios y las condiciones de trabajo. La estabilidad en el trabajo es, por ello, una institución central dentro del diseño constitucional del marco de nuestras relaciones laborales, que cumple una función garantizadora del alcance de los objetivos de conjunto del mismo”⁽⁴⁴⁾.

Esta perspectiva es tan válida y real que en muchas legislaciones en que no existe un régimen de estabilidad laboral, se han adoptado, sin embargo, medidas de protección especiales contra el despido arbitrario de los dirigentes sindicales y, en general, de quienes cumplen, según los sistemas de organización sindical, funciones de representación de los trabajadores, configurándose el denominado “fuero sindical” que Ermida⁽⁴⁵⁾ cataloga como una “estabilidad absoluta transitoria”, en cuanto la protección alcanza al dirigente sindical, por lo general, desde su postulación al cargo hasta cierto tiempo posterior a su cese en el mismo⁽⁴⁶⁾.

(44) SANGUINETTI RAYMOND. *El derecho ...* Ob. cit., p. 89.

(45) ERMIDA. Ob. cit., p. 7.

(46) Así, por ejemplo, la ley española que atribuye al empleador la facultad de optar entre la readmisión del trabajador o el pago de una indemnización cuando el despido es declarado improcedente establece que: “Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción

La protección de la libertad sindical y los derechos colectivos laborales no debe circunscribirse, empero, tan solo a los trabajadores que desempeñan funciones de dirigencia sindical, sino a la totalidad de los trabajadores, en la medida en que aquellas libertades y derechos les son reconocidos sin excepción.

La realidad de muchas naciones, especialmente aquellas en que está menos desarrollado el movimiento sindical y es mayor el desempleo, y por consiguiente el temor ante la desocupación, indica que los trabajadores carentes del derecho a estabilidad laboral son más renuentes a ejercer sus derechos colectivos que aquellos que gozan de dicha protección, porque temen la represalia del empleador expresada en el despido del trabajador. En el caso del Perú, esta situación se puede advertir en el ámbito de los trabajadores sujetos a un contrato de trabajo de duración determinada. Pasco⁽⁴⁷⁾ en un estudio sobre el trabajo eventual en nuestro medio recoge la siguiente afirmación de Galin: “Los trabajadores eventuales por turnos revelan una alta rotación en el trabajo y cuentan con una desprotección adicional: por lo general no están sindicalizados”. “De acuerdo a la información proporcionada por las organizaciones de trabajadores, los empresarios utilizan prácticas de discriminación antisindical para evitar la afiliación de los eventuales, amenazando con el despido a quienes se sindicalicen, o, incluso en algunos casos, sancionando todo contacto de los eventuales con dirigentes sindicales”.

Pasco agrega que: “(...) probablemente el trabajador eventual que pretenda sindicalizarse habrá de reprimir sus intenciones pues tendrá frente a sí a un empleador presto a sustituirlo por un servidor que demuestre mayor docilidad”⁽⁴⁸⁾. No menos concluyente es su opinión acerca de la participación del trabajador eventual en una huelga: “(...) en la práctica, el trabajador eventual que se sumara voluntariamente a una huelga correría el evidente riesgo de ser despedido al

corresponderá siempre a este (...). Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada” (E.T. art. 56.4.). En el caso de Panamá, el Código de Trabajo señala: “El trabajador amparado por el fuero sindical no podrá ser despedido sin previa autorización de los tribunales de trabajo, fundada en una causa justa prevista en la ley” (art. 383.). Esta norma que corresponde a la figura del “despido-propuesta”, en la cual el empleador solo puede despedir previa autorización judicial, también está consagrada, a favor de los representantes sindicales, por el artículo 321 del Código de Trabajo del PARAGUAY, el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia y el artículo 174 del Código de Trabajo de CHILE. Estas normas se inspiran, sin duda, en el artículo 1 del Convenio OIT 135 que señala: “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores (...)” (Convenio relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, aprobado por la 56ª Conferencia de la OIT, 2-23 de junio de 1971).

(47) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “El trabajo eventual: Una perspectiva jurídica”. En: VV.AA. *El trabajo eventual*. Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1985, p. 82.

(48) Ídem.

término de esta. Derecho de huelga, entonces, solo existe en el papel, no en la vida real”⁽⁴⁹⁾.

La finalidad que se persigue al impedir al trabajador ejercer sus derechos colectivos no es otra que debilitar la fuerza de negociación y defensa que adquieren los trabajadores en virtud de su unidad y acción conjunta, que al permitirles equiparar el poder del empleador constituye, en última instancia, la mayor garantía de sus derechos individuales. De la Cueva⁽⁵⁰⁾ ha destacado, precisamente, que la finalidad del derecho colectivo es asegurar la vigencia del derecho individual del trabajo. Por consiguiente, todo aquello que de una u otra manera afecte los derechos colectivos laborales, se traduce, en definitiva, en una afectación de los derechos individuales ya sea como merma de la posibilidad de mejorarlos o como indefensión ante su violación o desconocimiento.

La estabilidad laboral, al alejar el peligro de la pérdida del empleo o causa del ejercicio de los derechos colectivos, fortalece la capacidad de organización y el ejercicio de la autonomía colectiva de los trabajadores y, mediante ello, contribuye a garantizar el goce y mejoramiento de los derechos y beneficios individuales⁽⁵¹⁾.

Lo ocurrido en el Perú, tras la abolición de la estabilidad laboral absoluta confirma las afirmaciones precedentes: entre 1990 y el año 2000 la tasa de afiliación sindical, en Lima Metropolitana, paso del 21.9 % al 2.8 %, es decir que se redujo casi 7 veces⁽⁵²⁾. Un dato ilustrativo es que en los años 1995, 1996 y 1997 el número de sindicatos cancelados dobló el número de nuevos sindicatos registrados⁽⁵³⁾.

No pretendemos establecer disyunción alguna, ni tampoco jerarquización, entre los diversos fundamentos que asignamos al derecho de estabilidad laboral. De alguna manera, con mayor o menor énfasis en algunos aspectos o contenidos del Derecho Laboral, se trata de perspectivas complementarias y concurrentes,

(49) PASCO COSMÓPOLIS. Ob. cit., p. 83.

(50) DE LA CUEVA. *Derecho mexicano ...* Ob. cit., p. 265.

(51) Por el contrario, “(...) la inestabilidad laboral es el principal enemigo de la organización sindical de los trabajadores y, por lo mismo, les hace perder la fuerza de su unidad. Con ello los trabajadores se enfrentan, inermes, a las exigencias patronales reproduciéndose las condiciones de explotación que han primado siempre que el sindicalismo es débil o, de plano, no es” (DE BUEN, Néstor. “La flexibilidad en el Derecho del Trabajo”. En: *Modernidad y legislación laboral*. Casa abierta al tiempo y Friedrich Ebert Stiftung, México, 1990, p. 95).

(52) Fuente: MTPE, Gabinete de Asesores.

(53) Vide VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado”. En: *Derecho*. N° 71, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2013, p. 324.

que no hacen sino demostrar que la estabilidad en el trabajo encuentra en el Derecho del Trabajo sus propios fundamentos jurídicos y deviene plenamente coherente con sus principios e instituciones básicas.

III. EL MODELO DE “MÍNIMA PROTECCIÓN”: ESTADO ACTUAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL

1. La transición al modelo de “mínima protección”: la Ley de Fomento del Empleo

Obedeciendo a los “vientos neoliberales y flexibilizadores” a que, por entonces, se refirió Plá⁽⁵⁴⁾, el Decreto Legislativo N° 728 o Ley de Fomento del Empleo (LFE), vigente desde diciembre de 1991, marcó el inicio de la transición desde el modelo de estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de “mínima protección” ante el despido, finalmente plasmado en la Constitución de 1993 y las leyes posteriormente dictadas al amparo de esta⁽⁵⁵⁾.

Cabe señalar, en primer término, que al entrar en vigencia la LFE quedó configurado un régimen dual de estabilidad laboral, pues los trabajadores que a esa fecha se encontraban laborando bajo las normas de la LET continuaron regidos por esta en aquellas materias atinentes a la imputación de faltas graves, el derecho a la reposición y la tarifa indemnizatoria, en virtud del mandato expreso contenido en su Segunda Disposición Transitoria y Final⁽⁵⁶⁾. La nueva normativa solo se aplicaría íntegramente a los trabajadores que celebraran contrato de trabajo a partir del inicio de su vigencia y de forma parcial a los trabajadores que a esa fecha se encontraban laborando, respecto de algunas materias –no poco relevantes– como las causas de despido vinculadas a la capacidad del trabajador,

(54) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Prólogo en “El derecho de estabilidad en el trabajo” de Carlos Blancas Bustamante. Asociación Laboral para el Desarrollo, ADEC-ATC, Lima, 1991, p. 11.

(55) La LFE, dictada todavía bajo la vigencia de la Constitución de 1979 y en virtud de la delegación de facultades legislativas efectuada por el Congreso al Poder Ejecutivo para legislar sobre la promoción del “acceso masivo al trabajo”, pero sujeta a la directiva expresa de respetar “las normas constitucionales de estabilidad laboral y los derechos adquiridos de los trabajadores”, no llegó, por ello, a plasmar un modelo alternativo a la estabilidad laboral tal como era regulada por la LET, sino una variante de este, caracterizada por el debilitamiento, antes que por la eliminación, de los elementos configuradores del mismo.

(56) Neves Mujica considera que esta disposición representa un caso de aplicación del principio de “condición más beneficiosa” “inclusive respecto de derechos que difícilmente pueden considerarse adquiridos”. (*Introducción al Derecho del Trabajo*. ARA Editores, Lima, 1997, p. 149).

el cese colectivo o el regreso a la disyunción procesal *ab initio* entre acción de reposición y acción indemnizatoria.

En el nuevo marco normativo, instituido por la LFE, destacan los rasgos⁽⁵⁷⁾ que se exponen a continuación.

A) Protección contra el despido arbitrario

1. Se restringe el sentido del concepto del “despido”, –consagrado en la LET, y las normas precedentes, en términos unificadores, comprensivo de todos los supuestos de extinción de la relación laboral por decisión del empleador– al limitarlo al despido individual relacionado con la capacidad o la conducta del trabajador, excluyendo el denominado –por la LFE– “cese colectivo por causas objetivas”, enumerado como una causa de extinción del contrato de trabajo distinta del despido. (LFE, art. 49).
2. El periodo de prueba puede ampliarse, por acuerdo entre el empleador y el trabajador (entiéndase mejor, postulante) hasta seis meses si el trabajador es calificado y hasta 1 año si el cargo es de dirección o de confianza. En tal caso, obviamente, se posterga el momento para que el trabajador alcance la estabilidad.
3. Se incluye como nuevas causas de despido, recogiendo la orientación del Convenio 158 de la OIT, aquellas relacionadas con la capacidad del trabajador.
4. La eficacia reparadora propia de la estabilidad laboral, esto es, la reposición del trabajador, experimentó una importante devaluación en cuanto se facultó al juez para sustituir dicha medida por el pago de la indemnización cuando la reposición resultare inconveniente dadas las circunstancias (LFE, art. 72).

La cuantía de la indemnización por despido también se devaluó en comparación con la prevista por la LET, al establecerse que sería equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, más la fracción proporcional⁽⁵⁸⁾.

(57) Vide al respecto, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Fomento del Empleo y Estabilidad Laboral I, II y III Parte”. En: *Asesoría Laboral*. N°s 13, 14 y 15, Lima, 1992, .

(58) Vid, sobre el particular el cuadro comparativo de la indemnización por despido en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo”. En: *Derecho*.

5. Introdujo la figura del despido “nulo”, reservando esta calificación para todo aquel que obedeciera a alguno de los “motivos prohibidos” enumerados taxativamente por la LFE, los cuales, a su vez, son reproducidos *mutatis mutandi* del artículo 5 del Convenio 158 OIT, y guardan relación con la actividad sindical o representativa del trabajador, la defensa de sus derechos frente a actos lesivos del empleador, la discriminación por motivo de raza, sexo, religión, opinión o idioma, así como el embarazo de la madre trabajadora. Tales motivos son recusados por el ordenamiento jurídico “(...) por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona y ciudadano”⁽⁵⁹⁾. La declaración de nulidad del despido apareja, como medida reparadora, la reposición forzosa del trabajador (LFE, art. 71), sin que el juez tenga la facultad de sustituirla por la indemnización.
6. En cuanto a la impugnación del despido, restableció, aunque en sede judicial, el esquema plural y excluyente de acciones impugnatorias, al obligar al trabajador despedido a optar *in limine litis* entre la acción de reposición y la de indemnización, a las cuales debe agregarse la de nulidad del despido, único supuesto en el cual de ampararse la pretensión del demandante, la reposición sería efectiva. Suprimió, además la facultad judicial de suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional del trabajador, reservando esta medida cautelar únicamente para el caso de “inobservancia de las formalidades esenciales del despido” (LFE, art. 77).
7. Amplió las causas “objetivas” del cese colectivo agregando a los motivos económicos y tecnológicos, los “estructurales y análogos”, así como la “disolución y liquidación de la empresa y la quiebra” y “las necesidades de funcionamiento de la empresa”⁽⁶⁰⁾, enumeradas en los incisos c) y d) del artículo 86 de la LFE.

Nº 49, Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, p. 199.

(59) Vide BLANCAS BUSTAMANTE. *El despido en la reforma ...* Ob. cit., p. 201.

(60) Sobre el particular, Vide BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Las necesidades de funcionamiento como causa de cese colectivo”. En: *Asesoría Laboral*. Lima, junio de 1993, pp. 7-9. Posteriormente, la Ley Nº 26513, del 27 de julio de 1995, suprimió esta causa, que había sido intensamente cuestionada durante su vigencia.

B) Contratación e intermediación

En esta materia, la nueva normativa introdujo cambios profundos, respecto al régimen de contratación laboral e intermediación.

1. Alteró significativamente las normas sobre la estabilidad laboral “de entrada”, derogando el D.L. N° 18138 y regulando los llamados “contratos sujetos a modalidad”, rubro bajo el cual comprendió nueve (9) modalidades contractuales, agrupadas en tres categorías: i) Contratos de Naturaleza Temporal, ii) Contratos de Naturaleza Accidental y iii) Contratos de Obra o Servicio. Esta constelación de contratos de duración determinada está sujeta a diversos plazos máximos pero se establece que en caso de utilización sucesiva de varias modalidades el plazo máximo es de cinco (5) años. Se reconoce la “estabilidad laboral” durante el plazo de vigencia del contrato otorgando al trabajador, en caso de resolución arbitraria del contrato, una indemnización.

De esta manera no solo casi se quintuplicó el número de modalidades contractuales de duración determinada, sino que, asimismo, se decuplicó la duración del plazo máximo de esta clase de contratos, todo lo cual representa el debilitamiento de la estabilidad de “entrada” al ampliar, más allá de lo razonable, la facultad del empleador para decidir la duración del contrato de trabajo.

2. Abrió la puerta a la intermediación laboral, al regular a las Empresas de Servicios Temporales, las cuales podían prestar servicios, con personal destacado a la empresa usuaria, no solo para cubrir un puesto transitoriamente vacante (suplencia) sino, también, para cubrir puestos no permanentes creados por la usuaria en los mismos supuestos en que procedía la contratación sujeta a modalidad. Huelga decir que con esta medida, se asestó un duro golpe a la estabilidad de entrada y, consiguientemente, a la de salida.

2. La Constitución de 1993 y leyes posteriores

A) Protección contra el despido

El modelo flexibilizador establecido por la versión inicial del Decreto Legislativo N° 728, conocido como “Ley de Fomento del Empleo” se consolidó y profundizó, en su sentido más desprotector, al entrar en vigencia la Constitución de 1993, que no reconoció el derecho a la estabilidad el trabajo y, en reemplazo

de este, consagró en el artículo 27 una fórmula sustitutoria según la cual “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Ya dentro de este marco constitucional, se aprobó la Ley N° 26513, que puso fin a la dualidad de regímenes existentes bajo la LFE y suprimió la facultad del juez de otorgar la reposición o la indemnización en caso de despido arbitrario, estableciendo como única reparación para este la indemnización.

La única excepción a la eliminación de la reposición como medida reparadora del despido arbitrario, la constituye el despido nulo, figura esta en la que el despido se sustenta en motivos prohibidos en razón de que estos conllevan la vulneración de derechos fundamentales del trabajador, supuesto en el cual el juez debe ordenar la reposición del trabajador, salvo que, en ejecución de sentencia, este opte por la indemnización por despido. Sin embargo, a diferencia del modelo español, –en el cual se inspira– la ley peruana, ha recogido una versión mutilada de aquella pues la nulidad del despido solo procede ante la lesión de un número restringido de derechos fundamentales, a saber, la libertad sindical, la interdicción de la discriminación y la tutela jurisdiccional efectiva, y no, como en España, en caso de vulneración de cualquier derecho fundamental.

Al haberse derogado la reposición como medida reparadora del despido, la introducción de la figura del despido nulo fue necesaria para impedir la realización de despidos lesivos de aquellos derechos fundamentales.

B) Contratación temporal e indirecta

Sin embargo, además de eliminar, salvo el caso del despido nulo, la reposición como medida reparadora del despido arbitrario, una sucesión de leyes y normas de rango inferior han continuado erosionando la protección del trabajador frente al despido por la vía de favorecer tanto la contratación temporal cuanto la contratación indirecta reduciendo significativamente el ámbito de la estabilidad laboral. Presentamos a continuación el panorama actual.

1. El fomento de la contratación temporal

Como antes lo hemos señalado, el Decreto Legislativo N° 728 flexibilizó en exceso las normas referidas a la contratación temporal ampliando a nueve los supuestos de hecho en los que esta procede, la mayoría de de los cuales no obedecen al criterio de que este clase de contratación solo es admisible en función a la naturaleza temporal o accidental de la labor que debe ejecutar el trabajador y no al interés subjetivo del empleador. Adicionalmente, se ha mantenido vigente el Decreto Ley N° 22342 referido al régimen de contratación de las empresas exportadoras de productos no tradicionales, la cual permite la celebración sucesiva

de contratos eventuales sin límite máximo de duración. Esta norma ha cumplido ya 36 años de vigencia, siendo muchos los trabajadores de estas empresas que han prestado servicios durante décadas sin haber alcanzado aún la estabilidad laboral.

La intención subrepticia de esta norma ha sido la de fomentar la contratación temporal, en desmedro de la contratación de duración indeterminada, como un mecanismo para debilitar la estabilidad de “salida” del trabajador y, por el contrario, fortalecer el poder del empleador en la gestión de la mano de obra.

A no dudarlo, este objetivo parece haberse cumplido. En efecto a fines del 2013 solo el 28.7 % de los trabajadores asalariados se encontraban sujetos a contratos de duración indeterminada, mientras que el 43.6 % laboran bajo contratos de duración determinada⁽⁶¹⁾. Si se considera únicamente, al conjunto de los trabajadores sujetos a contrato de trabajo (en planilla), los contratados a plazo determinado o fijo representan el 72.5 % y los sujetos a contratos de duración indeterminada alcanza al 27.5 %⁽⁶²⁾, lo que significa que de cada cuatro contratos de trabajo celebrados, tres son los sujetos a modalidad y uno es de duración indeterminada.

También es significativo que entre los contratos de duración determinada o sujetos a modalidad, la modalidad que registra el mayor número de trabajadores es la de “Inicio o incremento de actividad” que representa el 40 % del total de aquellos; modalidad cuyo diseño normativo no obedece, en modo alguno, al principio de causalidad –basado en la naturaleza temporal o accidental de la labor– que debe regir la contratación temporal, pues como lo señala Sanguinetti, en juicio que compartimos, “(...) este contrato se convierte en una peligrosa vía para la elusión de todo régimen de contratación causal diseñado por la ley. Y es que, llevada hasta sus últimas consecuencias, la definición que se aporta es capaz de permitir que prácticamente todo nuevo puesto de trabajo que se cree, al estar vinculado en línea de principio a un incremento de las actividades de la empresa, pueda ser cubierto por personal temporal”⁽⁶³⁾.

Respecto a los efectos de este proceso de fomento, –indebido– de la contratación temporal, el recordado jurista Mario Pasco Cosmópolis ha sostenido que “(...) la contratación modal no ha estimulado la creación de nuevos puestos

(61) Fuente: Anuario Estadístico 2013 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Elaboración: Propia.

(62) Vide VILLAVICENCIO RÍOS. Ob. cit., p. 325.

(63) SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 32.

de trabajo. Solo ha contribuido a precarizar y con ello a disminuir la calidad de los contratos⁷⁽⁶⁴⁾.

2. Contratación indirecta

El desarrollo de la “contratación indirecta”, en virtud de la cual quienes prestan servicios reales a un determinado empleador son trabajadores suministrados por una empresa intermediaria, o de servicios o tercerizadora, es otra modalidad bajo la cual se puede evitar que los trabajadores adquieran el derecho a la estabilidad laboral.

Después de haberse desarrollado, en un primer momento, a través de las empresas de servicios temporales (intermediación) y de servicios complementarios, y luego de que la actividad de estas fuera regulada estrictamente mediante la Ley N° 27626, hoy en día la forma principal de contratación indirecta tiene lugar mediante la figura de la tercerización, regulada por la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038.

Estas normas regulan la tercerización en una serie de supuestos: i) contratos de gerencia, ii) contratos de obra, iii) procesos de tercerización externa y iv) contratos cuyo objeto es que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo. Esta última modalidad es aquella a través de la cual la “contratación indirecta” se hace más evidente, porque puede comprender, incluso, partes de la actividad principal de la empresa usuaria y se realiza con personal destacado por la empresa tercerizadora.

Por ello, en la ley peruana la figura del *outsourcing* (o “tercerización externa”) –que se inserta en el proceso de la descentralización productiva– ha cedido el paso a la del *insourcing*, (“tercerización interna”) la cual se basa en el destaque de trabajadores de la empresa tercerizadora a la principal o usuaria para el desarrollo de labores permanentes, pertenecientes a la actividad principal de esta. El *insourcing*, cuando alcanza a la actividad principal (*core business*) de la usuaria constituye una clara violación del principio de la contratación directa y un caso de prestamismo laboral contrario a la dignidad del trabajador y, asimismo, opuesto a la idea central del *outsourcing*⁽⁶⁵⁾. A pesar de que las normas legales regulan

(64) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Los contratos temporales: exposición y crítica”. En: *Derecho*. N° 68, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 508.

(65) Ben Schneider conceptualiza en la forma siguiente el *outsourcing*: “(...) se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su *core business* y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a sus actividades distintivas, para las cuales contratará a un proveedor de servicios especializado y eficiente que, a la larga, se convertirá

acerca de la desnaturalización de estas actividades y prohíben la simple provisión de personal, –exigiendo que la empresa tercerizadora cuente con capitales y recursos propios y que los trabajadores se encuentren subordinados a esta y no a la usuaria– el hecho de permitir que se pueda tercerizar la actividad principal de las empresas, constituye un claro supuesto de intermediación laboral encubierta o solapada, cuyo objeto real es liberar a la principal de responsabilidades frente a aquellos trabajadores que realmente le prestan servicios. La trasgresión a los principios del Derecho del Trabajo es aún mayor si se considera que las empresas tercerizadoras, abusan, en muchos casos, de la contratación temporal de sus trabajadores, bajo el argumento de que sus servicios a la usuaria no son permanentes lo cual, frecuentemente, es desmentido por la realidad ante la larga duración de estos servicios.

Desde esta perspectiva resulta innegable que el desarrollo de la tercerización, especialmente en su modalidad de destaque de trabajadores para laborar dentro de la empresa principal –esto, es *insourcing*– representa un claro intento de excluir de la estabilidad laboral a vastos sectores de trabajadores y fomentar la precariedad laboral.

En un sentido abiertamente contrario al elegido por la ley peruana, la Constitución del Ecuador establece que: “La relación laboral entre personas trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa”, y, asimismo prohíbe “(...) toda forma de precarización como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora (...)”.

3. Los regímenes especiales y excepcionales

Otro mecanismo que se ha puesto en marcha para devaluar la estabilidad laboral y flexibilizar el derecho laboral, consiste en la creación de regímenes de excepción que simplemente la ignoran o reducen la protección del trabajador frente al despido a un nivel incompatible con la exigencia constitucional de que esa protección sea “adecuada”.

a) Régimen de la micro empresa y pequeña empresa

Las micro y pequeñas empresas han sido dotadas, en tiempos recientes, a través de sucesivas normas de un régimen laboral de excepción con el argumento de que la reducción de costos y exigencias laborales a este segmento de unidades productivas permitirá

en un valioso socio de negocios. En eso consiste el *outsourcing*”. (SCHENEIDER, Ben. *Outsourcing. Compartiendo el conocimiento*. Editorial Apoyo, Lima, 2002, p. 32).

su formalización y la generación de empleo. Hay que puntualizar que no se trata de un régimen laboral especial, por cuanto este se justifica en razón a la naturaleza y características singulares de la labor a prestar, mientras que el régimen establecido para la micro y pequeña empresa está basado en el tamaño de la empresa, medido en cantidad de trabajadores y nivel anual de ventas. Se trata, por consiguiente, de un régimen de excepción que al no estar basado en la existencia de diferencias objetivas en el trabajo, linda con la discriminación.

En el régimen de la microempresa, regulado por el Decreto Legislativo N° 1086, la indemnización por el despido “injustificado” se ha reducido, respecto del régimen general, a solo diez (10) remuneraciones diarias por año completo de servicios con un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias.

En el caso de la pequeña empresa la indemnización se ha fijado en veinte (20) remuneraciones diarias por año de servicios con un máximo de ciento veinte (120) remuneraciones diarias. Cabe anotar que la calificación de pequeña empresa supone tener hasta cien (100) trabajadores y no exceder de un nivel de ventas anual equivalente a 1,700 UIT, lo que representa el doble de los criterios señalados por la Ley N° 28015 que era de 50 trabajadores y 850 IUT, respectivamente.

Resulta difícil hablar de estabilidad laboral e, incluso, de “protección adecuada contra el despido arbitrario” con un nivel de reparación del despido tan reducido que carece por completo del efecto disuasorio que suele atribuirse a la indemnización cuando este alcanza montos mayores. No debemos olvidar que el artículo 27 de la Constitución exige “protección adecuada” frente al despido y no cualquier protección –aparente o insuficiente–, de modo que solo una medida que sea capaz de servir de freno a un despido arbitrario puede ser considerada como adecuada.

b) Regímenes de promoción del sector agrario y acuicultura

Con la misma perspectiva, el régimen especial de promoción del sector agrario, regulado por la Ley N° 27360, establece que la indemnización por el despido arbitrario es de quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios con un máximo de

ciento ochenta (180) remuneraciones diarias. Sin embargo, el D. Leg. N° 1086 ha establecido que en el caso de microempresas agrarias, se aplican las normas del régimen de la microempresa, que antes hemos reseñado.

Las normas de la Ley N° 27630 son, asimismo, aplicables a los productores acuícolas, conforme lo establece la Ley N° 27460.

IV. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL: EL DESPIDO LESIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El debilitamiento de la protección contra el despido, producido al abolirse el sistema de estabilidad laboral absoluta vigente hasta 1995, ha sido reequilibrado, al menos parcialmente, al haberse incorporado, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la perspectiva constitucional para el examen del despido. A partir de este enfoque, dicha jurisprudencia ha ampliado el ámbito de protección contra del despido en caso de que este vulnere derechos fundamentales, haciendo extensiva dicha protección a cualquiera de estos derechos y no solo a los enumerados taxativamente, con criterio restrictivo, en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

La perspectiva constitucional en el examen del despido encuentra fundamentos en el fenómeno conocido como “constitucionalización del derecho”, en virtud del cual se concibe a la Constitución como una verdadera norma jurídica, erigida, por lo tanto, en el “orden jurídico fundamental de la comunidad” y no solo en el “orden jurídico fundamental del Estado”, según lo sostiene Hesse⁽⁶⁶⁾. En tal virtud, la Constitución está dotada de fuerza normativa y se proyecta sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico, como fundamento de este: “(...) también son ordenados en la Constitución los fundamentos de esferas vitales que nada tienen que ver en forma directa con la formación política de unidad y la acción estatal, como es el caso de los fundamentos del ordenamiento jurídico civil: matrimonio, familia, propiedad, herencia, fundamentos del Derecho Penal, principios de la enseñanza, de la libertad religiosa o de las relaciones laborales o sociales”⁽⁶⁷⁾.

(66) HESSE, Conrado. “Constitución y Derecho Constitucional”. En: BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE Y HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001, p. 5.

(67) Ídem.

En el marco de esta nueva concepción acerca de la función de la Constitución en el ordenamiento jurídico, nuestra Constitución incorpora en su catálogo de derechos fundamentales importantes derechos relacionados al trabajo y, de forma especial, el “derecho al trabajo”, como expresión del proceso que se conoce como “constitucionalización del Derecho del Trabajo”, iniciado con las Constituciones mexicana de 1917 y alemana de 1919, el cual tuvo una clara recepción en nuestra Constitución de 1979 y antecedentes en las de 1920 y 1933⁽⁶⁸⁾.

1. El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido el criterio de que el despido que vulnera derechos fundamentales es inválido. Así señala que “(...) la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo a los derechos constitucionales antes señalados, trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo 22 de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad”⁽⁶⁹⁾.

En esa sentencia, el TC asume implícitamente una acepción amplia del “derecho al trabajo” al indicar que este implica “la conservación de un puesto de trabajo”. Esta es explicitada en la sentencia del 11/07/2002, en la cual se señala que el derecho al trabajo “(...) implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa”⁽⁷⁰⁾. Agrega, la sentencia que: “El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”.

Dicha operación hermenéutica abarca también, el artículo 27 de la ley fundamental, que consagra la “protección adecuada contra el despido arbitrario”, ante la innegable vinculación, y potencial colisión, entre ambas disposiciones. Interpretando conjuntamente ambas normas, el TC concluye que si bien el referido precepto no determina la forma de protección frente al despido arbitrario, concediendo, por

(68) Vide BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2011.

(69) STC Exp. N° 1112-98-AA/TC-Lima, César Antonio Cossio y Otros con Telefónica del Perú S.A. del 21 de enero de 1999. En el mismo sentido, vide STC Exp. N° 795-98-AA/TC-La Libertad, Miguel Ángel Sánchez Miranda del 6 de noviembre de 1998 y STC Exp. N° 673-99-AA/TC-Trujillo, Miguel Chacón Gonzáles del 30 de setiembre de 1999.

(70) STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC.

lo tanto, al legislador un margen discrecional para optar entre la tutela restitutoria (reposición) o la tutela resarcitoria (indemnización), empero “(...) no debe considerarse el citado artículo 27 como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una facultad de despido arbitrario hacia el empleador”⁽⁷¹⁾.

En otras palabras, no puede interpretarse el artículo 27 prescindiendo del artículo 22 que reconoce el derecho al trabajo, y en función de tal omisión subsumir en la categoría “despido arbitrario” cualquier clase de despido, incluyendo aquel que lesiona derechos fundamentales, dejando por consiguiente la cuestión relativa a la reparación del mismo a lo que establezca de la ley ordinaria que, como se ha visto, puede elegir entre una u otra clase de tutela reparadora. Este razonamiento, llevaría a erigir el artículo 27 en la única norma constitucional rectora en materia de despido, vaciando de contenido el artículo 22, que quedaría reducido a su tradicional contenido programático, de eficacia diferida. Además, supondría excluir del ámbito de la jurisdicción constitucional la lesión de derechos fundamentales acaecida en el despido, al reconducir, en exclusiva, la impugnación y revisión del despido al cauce procesal laboral, con el efecto de privar a los sujetos afectados por el despido de la tutela restitutoria de sus derechos, que es inherente a los procesos constitucionales de garantía.

Por el contrario, la interpretación coordinada de ambas normas, lleva a concluir que cuando el artículo 27 alude al despido arbitrario, este concepto no es excluyente y, por ello, no comprende todos los supuestos del despido, sino tan solo aquellos en que la causa justa alegada no se configura legalmente o no puede probarse, es decir, aquella clase de despidos antes los cuales suele plantearse, como medida reparadora, la reposición o la indemnización. Tal sería, por consiguiente, el ámbito de actuación del legislador, pues “(...) este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilita al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional”⁽⁷²⁾.

Tal núcleo duro, –del derecho al trabajo–, reside, precisamente, en “el segundo aspecto del derecho (...). Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por justa causa”⁽⁷³⁾. Por esta razón, cuando el despido se realiza sin invocar una causa, como mero ejercicio de una facultad ad nítum del empleador, tal hecho vulnera directamente el derecho al trabajo, cuyo contenido esencial se traduce en el principio de causalidad del despido, y deviene

(71) Sentencia del 11 de julio de 2002, Exp. N° 1124-2001-AA/TC.

(72) Ídem.

(73) Ídem.

en un despido lesivo de derechos fundamentales, susceptible de ser protegido mediante las acciones de garantía constitucional.

Aspecto importante de esta sentencia es que el despido impugnado fue un despido “legal” en cuanto se produjo por aplicación de una norma legal que expresamente habilitaba al empleador a despedir sin expresión de causa, pagando al trabajador una indemnización. Por lo tanto, en este caso, el TC no solo analizó un despido arbitrario, carente de causa, sino que se vio obligado a dilucidar, por la vía del control difuso de constitucionalidad, la cuestión relativa a la compatibilidad de esta norma con la Constitución.

Al respecto, el TC señala que: “El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido, salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional”.

Mediante este razonamiento, el TC introduce una clara distinción entre el despido incausado y el despido arbitrario, basado en una causa justa, no demostrada. El primero es contrario al derecho al trabajo y la norma que lo posibilita es, por ello mismo, inconstitucional. El segundo no vulnera derechos fundamentales, aún cuando el empleador no demuestre en el proceso judicial la causa invocada. A este despido –fundado en causa no demostrada– le son aplicables las categorías propias de un régimen de estabilidad laboral, absoluta o relativa, según que se prevea la reposición o la indemnización como reparación del despido injustificado; en cambio, si la causa ni siquiera es alegada la cuestión pertenece al ámbito constitucional porque importa la lesión del derecho al trabajo.

Esta doctrina, ha sido reiterada en la sentencia del 13 de marzo de 2003⁽⁷⁴⁾, la cual precisa que la tutela restitutoria, es decir, la reposición del trabajador procede, entre otros supuestos, en caso de “despido incausado”, señalando que “(...) la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos”.

(74) Expediente N° 976-2001-AA/TC-Huánuco, Eusebio Llanos Huasco, con Telefónica del Perú S.A. La sentencia declara infundada la demanda del trabajador despedido, pero aprovecha la ocasión para explicitar su doctrina frente al despido.

La sentencia precisa que el despido incausado se produce no solo cuando se omite en la comunicación escrita señalar la causa del mismo, sino, igualmente, cuando este se produce verbalmente. Siguiendo la misma lógica, tendrá que incluirse en esta categoría a los despidos de hecho, a los que se refiere como un supuesto de despido, la norma reglamentaria de la ley laboral y en los que, igualmente, no hay expresión de causa, porque ni siquiera existe comunicación del despido, sea escrita o verbal⁽⁷⁵⁾.

Además del despido incausado, la jurisprudencia del TC considera vulnerado el “derecho al trabajo” en el supuesto del despido “fraudulento” que es aquel cuya invalidez proviene del hecho de que el empleador utiliza, formalmente, las disposiciones de la ley para justificar un despido que carece de justificación real. Se configura este supuesto, según lo indica, la sentencia TC del 13 de marzo de 2003, cuando: a) se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, b) o se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, c) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o d) mediante la fabricación de pruebas.

En todos estos casos, como lo indica la sentencia, existe “(...) ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causa y los cánones procedimentales (...)”.

2. El derecho al trabajo como derecho fundamental

El fundamento utilizado por el Tribunal Constitucional para declarar la invalidez de los despidos lesivos de derechos fundamentales, esto es, la vulneración del “derecho al trabajo”, nos lleva a preguntarnos por la condición, alcances y contenido de este, pues no han faltado quienes objeten la validez de este sustento.

A) Su constitucionalización

Después de la Segunda Guerra Mundial, algunas importantes constituciones de Europa occidental incluyeron en sus catálogos de derechos el “derecho al trabajo”. La primera, fue la Constitución francesa de 1946 cuyo Preámbulo, –que conjuntamente con la Declaración de derechos de 1789 viene a configurar el catálogo de derechos fundamentales y permanece vigente con la Constitución de 1958– estableció que: “Cualquier persona tiene el deber de trabajar y el derecho de tener un empleo”. Poco después, la Constitución de Italia de 1947, dispuso, en

(75) Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, artículo 45.

su artículo 4, que: “La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promueve las condiciones que hagan efectivo este derecho”.

En época posterior, otras constituciones europeas como las de Grecia (art. 22.1), Luxemburgo (art. 11. 4), Portugal (art. 59) y España (art. 35.1) reconocieron explícitamente el “derecho al trabajo”. Las nuevas democracias surgidas en Europa del este, después del derrumbe del régimen comunista, también se inscriben en esta tendencia como es el caso de la Constitución de la Federación Rusa (art. 37.3), la de Rumania (art. 38) y la de Ucrania (art. 43).

Asimismo, 15 Constituciones latinoamericanas proclaman el derecho de toda persona al trabajo: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

B) Su reconocimiento internacional

El proceso de constitucionalización del derecho al trabajo, fue acompañado por un coetáneo proceso de internacionalización, en cuanto los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos lo acogieron en sus textos.

En primer lugar, debemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948), cuyo artículo 23.1 proclama que: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. Tras esta declaración, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), reconoce igualmente el “derecho a trabajar” en su artículo 6.1.

En el ámbito continental americano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), señala en su artículo XIV que: “Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo”. Complementariamente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, formula, en los artículos 6 y 7, una amplia referencia sobre el “derecho al trabajo”, sobre la cual volveremos más adelante⁽⁷⁶⁾.

(76) También en el ámbito continental europeo, la Carta Social Europea (18 de octubre de 1961) contiene varias menciones al “derecho al trabajo, en la Parte I, 1 y en la Parte II, 1, señalando entre otras expresiones, que los Estados se comprometen: “A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido” (Parte II, 1,2).

C) El derecho al trabajo en la Constitución peruana

La Constitución de 1979 señaló, en el artículo 42, que: “El trabajo es un derecho y un deber social”; y la Carta de 1993, que rige actualmente, señala que: “El trabajo es un deber y un derecho” (CPE. 93, art. 22).

Fuente normativa insoslayable en esta materia es el Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 6 enuncia el Derecho al Trabajo y en el 7 los Estados Partes 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 cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Con este texto, el Protocolo de San Salvador no solo consagra el derecho a la estabilidad laboral sino que, además, lo fundamenta en el derecho al trabajo, afirmando la proyección de este derecho no solo con relación al acceso al empleo –como en su versión más tradicional–, sino, igualmente, respecto a la conservación del mismo por quien tiene la condición de trabajador. Al haber sido ratificado por el Perú (Resolución Legislativa N° 26448 del 28/04/1995), el Protocolo forma parte del Derecho nacional (Const. art. 55) con rango de norma constitucional⁽⁷⁷⁾ y, por consiguiente, constituye fuente obligatoria conjuntamente con las normas constitucionales referentes al derecho al trabajo (Const. art. 22) y a la protección contra el despido arbitrario (Const. art. 27).

3. Contenido del derecho al trabajo

Algunos autores, como De Buen, encuentran el fundamento jurídico de la estabilidad laboral en el “derecho al trabajo”, pues, como lo afirma: “El derecho al trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestación. Podríamos hablar, en primer término, del derecho a adquirir un empleo, en segundo lugar, el derecho a conservar un empleo”⁽⁷⁸⁾.

(77) Conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la SSTC Exps. N°s 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, en la cual interpretando el artículo 3 de la Constitución indica que los “derechos de naturaleza análoga” a que se refiere este precepto “(...) pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda de que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. (...) En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza ‘constitucional’”.

(78) DE BUEN. *Derecho del Trabajo*. Tomo I, Ob. cit., p. 80.

A juicio del mismo autor, este segundo aspecto o manifestación del Derecho del Trabajo “Se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiera una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo”⁽⁷⁹⁾.

En el Derecho italiano también se ha reconocido similar extensión al “derecho al trabajo”⁽⁸⁰⁾. En ese país, “El proceso de limitación del despido fue lento e irregular. El primer punto histórico puesto de relieve fue la inconstitucionalidad del despido ad nítum, al que importante sector de la doctrina acusó de violar los artículos 4 y 41, párrafo 2, de la Constitución que, respectivamente, consagran el derecho al trabajo y declaran que la libertad de iniciativa económica no puede ejercerse en modo contrario a la utilidad social”⁽⁸¹⁾.

En 1965, una sentencia del 9 de junio de la Corte Constitucional de Italia, estableció el criterio según el cual el artículo 2118 del Código Civil, que facultaba al empleador a despedir libremente al trabajador debía ser interpretado teniendo en cuenta los principios reconocidos por la Constitución. A dicho pronunciamiento se le consideró antecedente directo o inmediato de la Ley N° 604, del 15 de julio de 1966, que impuso como requisito para la validez legal del despido la existencia de “justa causa”, en el sentido del artículo 2129 del Código Civil, o por “justificado motivo”, según los términos del artículo 3 de dicha ley.

También la doctrina española considera que “(...) no puede ignorarse una segunda acepción del derecho al trabajo, en cuanto libertad actual e inmediata en el trabajo frente a (*freedom from*) a quienes –Estado, sindicatos, empresarios o cualesquiera otros sujetos– pretenden vulnerarla”⁽⁸²⁾. Se concluye, por ello, que “el despido injustificado encontraría un importante freno en el derecho al trabajo, cuya recta interpretación seguramente debiera jugar en favor de la readmisión forzosa del despedido sin causa”⁽⁸³⁾.

(79) Ídem.

(80) PIZZORUSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 178.

(81) SARGADOY, Juan Antonio. *La terminación del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, p. 86.

(82) MONTOYA MELGAR, Alfredo. “La protección constitucional de los derechos laborales”. En: AA.VV. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 287.

(83) *Ibidem*, p. 288. En sentido coincidente interpreta Martín Valverde los alcances del “derecho del trabajo” en la “relación de trabajo”, sosteniendo que “las limitaciones más clásicas de la autonomía empresarial como consecuencia del reconocimiento del derecho del trabajo son las que se refieren a la exigencia de una causa grave para la justificación de los despidos individuales”. (MARTÍN VALVERDE, Antonio. “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española”. En: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 202).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en la Sentencia 22/1981 del 2 de julio de ese año, reconoció la presencia de estos dos aspectos en el contenido del derecho al trabajo, afirmando que este “presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación; y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica, además, un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”⁽⁸⁴⁾.

No parece, en modo alguno, excesivo o arbitrario atribuir al derecho al trabajo una proyección sobre el momento extintivo de la relación laboral “(...) tomando en cuenta que la pérdida del puesto de trabajo puede impedir el goce efectivo de ese derecho, por lo que tiene que ser debidamente justificada”⁽⁸⁵⁾.

4. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la estabilidad laboral

A) El amparo como régimen de protección procesal frente al despido lesivo de derechos fundamentales

La jurisprudencia del TC sobre la protección del despido se ha desarrollado al resolver demandas de amparo interpuestas contra despidos considerados inconstitucionales. Con el propósito de explicar la función del amparo como mecanismo de tutela del despido, la jurisprudencia del TC realiza una distinción entre dos regímenes de protección adecuada contra el “despido arbitrario” vigentes en nuestro ordenamiento: uno “sustantivo” y otro “procesal”⁽⁸⁶⁾. El primero tiene fundamento en el artículo 27 de la Constitución que establece el derecho del trabajador “(...) a la protección adecuada contra el despido arbitrario” *en los términos que otorgue la ley*. En este caso, “(...) el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. (...) la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a

(84) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 35.

(85) SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta S.A., Madrid, 1996, p. 232.

(86) STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 11.

reparar patrimonialmente sus consecuencias”. En la misma sentencia, el TC concluye que “(...) el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales (...)”, cuando el trabajador cobra su indemnización o demanda judicialmente su pago, apoyando esta conclusión en el hecho de “(...) tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador (...)”, quien, de este modo “(...) decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización”. A partir de esta premisa la STC Exp. N° 976-2002-AA/TC concluye que el artículo 34 del D. Leg. N° 728 “(...) ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional”⁽⁸⁷⁾.

El otro régimen de protección, al que denomina “procesal” es aquel que “(...) en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional”⁽⁸⁸⁾.

La distinción terminológica no es teóricamente convincente, pues, en primer lugar, toda protección contra el despido, al margen de cual sea la naturaleza del agravio a los derechos del trabajador, tiene lugar a través de un cauce procesal específico, sea este el ordinario o el constitucional, sin que, por ello, pueda calificarse al primero como “sustantivo” y al segundo como meramente “procesal”. En la medida que nuestro ordenamiento laboral, faculta al empleador para proceder al despido directo e inmediato del trabajador, la impugnación de dicho acto tiene carácter revisor y reparador del mismo, por lo que el proceso judicial constituye el cauce obligado para dicha revisión y, eventualmente, la reparación del despido.

En segundo lugar, porque la posibilidad de acudir al amparo como cauce procesal para la impugnación de un despido, no depende, como lo expresa la sentencia, simplemente de la voluntad del trabajador de elegir entre la tutela resarcitoria o la restitutoria, sino de la naturaleza del agravio infligido a los derechos del trabajador. En el primer supuesto (“régimen sustantivo”) se agravia al derecho del trabajador a la protección frente al despido arbitrario, entendiendo por este a todo aquel que no se funde en una causa justa de despido; es decir, que la Constitución proscribe el despido arbitrario, pero habilita al legislador para establecer la “protección adecuada”, o medida reparadora, en caso de producirse, razón por la que, como lo indica la sentencia, si la ley opta por un sistema de protección basado en la tutela resarcitoria, esta no podrá calificarse como inconstitucional. Este supuesto obedece, en rigor, a la problemática de la “estabilidad laboral”, cuyo tratamiento

(87) Ibidem, f. j. 12, a.2).

(88) Ibidem, f. j. 12, b.2).

legal, a su vez, depende de su consagración, o no, como derecho constitucional, materia en la que, como se sabe, existe una diferencia notoria entre la Constitución de 1979, que consagró tal derecho, y la de 1993, que únicamente reconoce la “adecuada protección contra el despido arbitrario”. Por consiguiente, lo que el TC denomina “régimen de protección sustantivo” se refiere, específicamente, a los mecanismos procesales habilitados para la protección contra el despido arbitrario, en los términos que se derivan del artículo 27 constitucional y del artículo 34 del TUO del D. Leg. N° 728, los cuales privilegian la tutela resarcitoria del despido, con la única excepción del “despido nulo”.

En cambio, en el segundo supuesto, para acudir al amparo será indispensable alegar y probar que el despido implica la violación de un derecho fundamental. En otras palabras, solo está legitimado para interponer una acción de amparo aquel trabajador que sostenga que dicho acto lesiona sus derechos constitucionales, conforme al requisito general de procedencia de las acciones de garantía, previsto en el artículo 2 del CPCO, que limita su procedencia a los supuestos de violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, razón por la cual la sola voluntad del trabajador de optar por la tutela restitutoria, a través del amparo, resulta insuficiente si tal vulneración no se ha producido realmente. No obstante, y pesar de su equívoco terminológico, el TC ha precisado bien la función del amparo respecto al despido al expresar que “(...) en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales”⁽⁸⁹⁾.

No se trata, pues, de una protección “procesal”, en el sentido de que la virtualidad de esta vía resida exclusivamente en la naturaleza restitutoria de su tutela, con independencia de los derechos para cuya protección ha sido concebida, sino de una vía procesal, basada en una sustantividad diferente, constituida por los derechos fundamentales, erigidos en factor deslegitimador de todo despido que los vulnera en cualquier forma. Por ello, por la vía del amparo no se plantea la cuestión de la “arbitrariedad” del despido, ante la ausencia de una causa legal que lo justifique, sino la de su “inconstitucionalidad” por la presencia en este, y como elemento determinante, de un móvil lesivo a los derechos fundamentales. Así, pues, en conclusión, el TC, aunque aludiendo, impropia, a un sistema

(89) STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 13, b.2).

de “protección procesal”, ha establecido, sin embargo, correctamente, la procedencia de la vía del amparo para la defensa del conjunto de los derechos fundamentales del trabajador frente a la lesión de aquellos por el despido.

B) La protección frente al despido lesivo de derechos fundamentales ¿restaura la estabilidad laboral?

Del anterior razonamiento, se desprende, sin mayor dificultad, que, las sentencias del TC –y de tribunales ordinarios– que, en vía de amparo constitucional, ordenan la reposición de trabajadores despedidos con violación de sus derechos fundamentales, no significan, como impropriamente han sostenido algunos, un retorno, por vía jurisprudencial, de la estabilidad laboral, trasgrediendo la Constitución la cual no ha previsto la reposición como reparación del despido arbitrario. La crítica es, a nuestro juicio, infundada, por varios motivos:

1. En primer lugar, porque tales decisiones jurisprudenciales se han adoptado como resultado de aplicar a dichos despidos el test de constitucionalidad, del cual no puede ser excluido, *a priori*, ningún acto que afecte derechos de otras personas, tal como lo ha señalado el propio Tribunal al indicar que: “(...) es evidente que una lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admite zonas de indefensión (...) y que siempre es permisible a un justiciable la utilización de las acciones de garantía en defensa de sus derechos básicos, así como la actuación contralora y tuitiva del Tribunal Constitucional sobre dicha materia⁽⁹⁰⁾. Por esta razón, el supremo intérprete de la Constitución puntualiza que: “Los derechos fundamentales, en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordenamiento en el que las lesiones o amenazas de violaciones de derechos se pudieran presentar”⁽⁹¹⁾.

No existe, por consiguiente, fundamento constitucional alguno para excluir del examen de constitucionalidad las relaciones laborales, en cuyo ámbito pueden tener lugar actos lesivos de derechos fundamentales; por el contrario, pretender dicha exclusión es claramente inconstitucional.

(90) STC Exp. N° 2409-2002-AA/TC, f. j. 1.b).

(91) STC Exp. 976-2001-AA/TC, f. j. 9. En la frase anterior esta sentencia expresa que “(...) por cierto, no se excluyen los problemas en materia de derechos constitucionales que se pudieran derivar de las relaciones entre empleadores y trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada”.

2. En segundo lugar, porque la tutela del trabajador frente a un despido que vulnera sus derechos constitucionales no supone la restauración por vía jurisprudencial de la estabilidad laboral, si no la protección –y restitución– de aquellos derechos. Al respecto, el propio TC ha precisado lo siguiente: “(...) el Juez Constitucional, en procesos como el presente, no puede conocer un proceso de calificación de despido arbitrario en los términos prescritos en la denominada Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...) sino solamente aquellos en los cuales el alegado despido, resulte eventualmente o no lesivo a derechos fundamentales de la persona humana” (STC Exp. N° 150-99-AA/TC).

En este sentido, la perspectiva desde la cual a través del Amparo se protege al trabajador del despido es, exclusivamente, constitucional, pues, como lo afirma el TC, “(...) en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presentes en dicho despido” (STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 14); o, asimismo, porque “(...) la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51 de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra” (STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 20).

Ello significa que el Amparo solo procede como vía tutelar cuando el despido posee relevancia constitucional, –por afectar derechos constitucionales del trabajador–, pero no cuando tal relevancia no existe, en cuyo caso la impugnación del despido deberá tramitarse por la vía ordinaria para obtener la reparación que el legislador establezca en virtud de la facultad discrecional que le otorga el artículo 27 de la Constitución, la cual puede incluir o no la reposición del trabajador, pero en ningún caso excluir el derecho de este de acudir al proceso de amparo si considera que el despido viola sus derechos fundamentales, toda vez que este derecho se lo otorga directamente el artículo 200 de la Constitución.

3. En tercer lugar, porque cuando por la vía del Amparo se dispone la reposición del trabajador, esta forma de reparación del despido es la que corresponde a la naturaleza de los procesos de garantía de los derechos fundamentales, razón por la cual es irrelevante que la Constitución no la mencione expresamente como medida de reparación del despido arbitrario, pues en este caso opera como la única forma de reparación del despido que lesiona derechos fundamentales.

Como ya antes de ha indicado, la finalidad de los procesos constitucionales de garantía consiste en proteger los derechos constitucionales lo cual se logra, según el artículo 1 del CPCO “(...) reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)”. Por consiguiente, por la vía del amparo lo que debe lograrse en caso de acreditar la lesión de los derechos fundamentales del demandante, es la “reposición” de su derecho afectado, esto es, una “tutela restitutoria” y no meramente “resarcitoria”, ya que esa es la forma de reparación inherente a los mecanismos procesales de protección de los derechos fundamentales, como lo indica Fix Zamudio⁽⁹²⁾.

Por ello, que la Constitución no prevea la reposición como reparación del despido arbitrario, no enerva, en modo alguno, que esta forma de reparación pueda otorgarse como el efecto necesario de una sentencia estimatoria de una demanda de amparo, cuya finalidad específica es la restitución a la persona afectada de sus derechos fundamentales vulnerados⁽⁹³⁾.

Desde esta perspectiva se advierte la insuficiencia del argumento que se utiliza para objetar la reposición del trabajador, el cual radica en

(92) FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Civitas, Madrid, 1982, p. 49. Señala este autor que la protección de los derechos fundamentales “(...) requiere un sistema protector en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales, y en todo caso, la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalentes (...)”. (Ibídem).

(93) Al respecto, en la STC Exp. N° 03971-2005-PA/TC, f. j. 4., el Tribunal Constitucional afirma que “(...) la protección adecuada a que se refiere el artículo 27 de la Constitución no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización, toda vez que debemos tener en cuenta que el propósito de los procesos constitucionales es la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)”. Y, en la STC Exp. N° 0100-2002-AA/TC, precisa que: “En el ámbito del amparo, en efecto, el estado anterior al cual deben reponerse las cosas –tratándose de despidos– no es el pago de una indemnización, sino la restitución del trabajador en su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente” (f. j. 10).

sostener que al prever la ley el pago de una indemnización en caso de despido arbitrario y no la reposición, el Tribunal Constitucional ha trastocado la Constitución introduciendo, sin sustento alguno, la estabilidad laboral absoluta. En efecto dicho argumento descansa en una interpretación de la Constitución a partir de la ley, alterando la relación jerárquica entre estas dos fuentes de Derecho, ante lo cual el Tribunal Constitucional ha señalado que: “Concluir en que la única alternativa a la que podría acogerse el recurrente es la indemnización a que se refiere el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, significaría incurrir en el absurdo de interpretar la Constitución de conformidad con la ley, cuando la actividad de este Colegiado (...) obliga exactamente a lo contrario, es decir, a interpretar la ley de conformidad con la Constitución”⁽⁹⁴⁾.

Las reflexiones aquí expuestas, nos llevan a plantear la necesidad de distinguir, en el plano terminológico, entre el despido “arbitrario” y el despido “lesivo de derechos fundamentales” como dos categorías diferentes, en lugar de pretender que la “protección contra el despido arbitrario” tiene lugar mediante dos regímenes, calificado el primero como “sustantivo”, –que se ajusta al desarrollo legal del artículo 27 de la Constitución y que prevé la indemnización como reparación del despido–, y el segundo como “procesal”, que se sustancia mediante las acciones de garantía, específicamente el amparo, y que debido a la eficacia restitutoria de estas, produce la reposición del trabajador despido. Conceptualmente la distinción consta en la jurisprudencia del TC cuando esta señala que en el proceso de amparo no se califica la arbitrariedad del despido, sino la eventual lesión mediante este de los derechos fundamentales del trabajador, lo que significa que en esta vía procesal constitucional, solo es posible impugnar aquellos despidos que posean relevancia constitucional y no aquellos que carezcan de esta, los cuales deben ser revisados en la vía ordinaria laboral.

Por ello, parece conveniente, y, sobre todo, coherente con el desarrollo conceptual realizado por la jurisprudencia del TC, no seguir insistiendo en el uso de la expresión despido “arbitrario” para

(94) STC Exp. N° 1672-2003-AA/TC, f. j. 6. Con base en el razonamiento antes glosado, dicha sentencia concluye que: “Ello impone, como no puede ser de otra manera, considerar que no puede ser aplicable al caso del recurrente el citado dispositivo legal, si es que este no otorga la opción reparadora que, por el contrario, sí le dispensa el proceso constitucional” (Ibidem).

referirse a dos supuestos claramente diferentes, pues si bien, en un sentido lato, también es arbitrario el despido que agravia derechos fundamentales, en un sentido específico, solo lo es aquel que resulta injustificado ante la insuficiencia, ausencia de gravedad o falta de demostración de la causa justa invocada, reservando la expresión de “despido lesivo de derechos fundamentales” a aquel cuyo motivo real o forma de ejecución supone el agravio de los derechos constitucionales del trabajador.

En esta misma perspectiva quizá sería posible distinguir entre una estabilidad laboral legal que gira en torno a la noción de “despido arbitrario” y en la cual es posible resarcir el daño mediante el pago de una indemnización, y una “estabilidad laboral constitucional” la cual dispensa protección al trabajador únicamente en caso de “despido lesivo de derechos fundamentales”, supuesto este en el que la reposición es la única medida reparadora en atención a la entidad de los derechos vulnerados, principalmente el derecho fundamental al trabajo⁽⁹⁵⁾.

V. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El debate acerca de la estabilidad laboral y, en general, respecto de la flexibilización del Derecho del Trabajo está lejos de haber terminado. De un lado, los partidarios de continuar flexibilizando una legislación que en la década del noventa sufrió un importante proceso de desregulación que el recordado jurista Oscar Ermida calificó acertadamente como “desregulación salvaje”⁽⁹⁶⁾, siguen insistiendo en la necesidad de realizar nuevas desregulaciones y “reformas laborales” para, según sostienen, estimular la formalización de las micro y pequeñas empresas y la creación de empleo. De otro lado, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se plantea la necesidad de garantizar el “derecho fundamental al trabajo” y ampliar los márgenes de protección frente al despido.

(95) Interpretando que la jurisprudencia del TC sobre el despido incausado y nulo implica la ampliación del concepto del despido “nulo”, la Corte Suprema de Justicia ha establecido, por vía jurisprudencial, que las acciones impugnatorias de esta clase de despidos pueden sustanciarse en la vía ordinaria laboral. De esta manera, el trabajador afectado por aquellos, puede elegir entre la vía del amparo y la vía laboral para solicitar su reposición. (Vide BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La reposición del trabajador en el proceso ordinario laboral”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 12, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, pp. 21-28.)

(96) ERMIDA URIARTE, Oscar. “La flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas”. En: *Ius et Veritas*. Año III, Núm. 4, Lima, 1994, p. 17.

1. Profundizar la flexibilización

En la orilla de la flexibilización desprotectora, se plantean dos opciones que, eventualmente, pueden ser concurrentes: i) convertir el régimen excepcional de la micro y pequeña empresa en el régimen laboral general, y ii) introducir la *flexiseguridad* como mecanismo de protección frente al despido.

A) Extender el régimen de la micro y pequeña empresa a la gran empresa

Respecto a la primera tesis debemos recordar que, como se ha expuesto en esta ponencia, se han creado regímenes de excepción para la micro y la pequeña empresa, en los cuales se ha procedido a “abaratarse el despido”, reduciendo a su mínima expresión la cuantía de las indemnizaciones, de modo tal que estas no responden, en absoluto, a la exigencia constitucional de otorgar al trabajador “adecuada protección” contra el despido arbitrario”. En estos regímenes se ha retornado a la superada etapa en que el poder del empleador para despedir se considera un derecho de este, únicamente sometido a “limitaciones laborales impropias”, insuficientes, en razón de su escasa entidad, para servir de freno a despidos abusivos o arbitrarios. Subyace a estos regímenes la idea de que ello promoverá la formalización de los empleadores informales, lo cual es, hasta la fecha, negado por la información estadística.

Pretender convertir estos regímenes de excepción –en los que todos los derechos, y no solo la protección contra el despido, han sido reducidos a su mínima expresión– en el régimen general, esto es, extenderlos a la mediana y gran empresa, carece de toda justificación objetiva y realista y solo puede comprenderse como un intento de destruir el Derecho del Trabajo, convirtiéndolo en una caricatura de sí mismo, privándolo de su función propia y aboliendo el principio protector que lo inspira y que nuestra Constitución reconoce⁽⁹⁷⁾.

B) La flexiseguridad

Respecto a la posibilidad de sustituir la protección jurídica del despido por el sistema denominado “flexiseguridad”, aplicado con éxito en Dinamarca, –conforme al cual se sustituye la protección jurídica del trabajador frente al despido por prestaciones de la seguridad social– no pretendemos cuestionar la validez de

(97) Sobre este principio, el TC sostiene: “Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23 de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de Derecho que se desprende de los artículos 43 (‘República social’) y 3 de la Constitución, respectivamente” (STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC, f. j. 12,b).

esta fórmula, en el contexto jurídico, económico y social de este país. Dinamarca, es un Estado de Bienestar, con un elevado nivel de protección social financiado gracias a una política tributaria basada en una presión fiscal y tasas impositivas sumamente altas –las más altas del mundo–, que permiten al Estado realizar una significativa inversión en las políticas del mercado de trabajo. Dinamarca cuenta con una tasa de afiliación sindical altísima cercana al 80 % y la negociación colectiva, es la fuente principal de la regulación de las relaciones laborales, concediendo, por lo tanto, a los sindicatos un poder relevante frente a los empleadores. Así, la imagen de que la flexiseguridad en Dinamarca confiere a los empleadores un rol predominante en las relaciones laborales en desmedro de la posición de los trabajadores, debe considerarse equivocada en razón del contexto en que se produce, ciertamente muy distinto al de aquellos países, como el Perú, con un Estado de Bienestar residual o incipiente, con bajos niveles de protección social y una débil política fiscal.

De otro lado, la Constitución danesa de 1920 no contiene un enunciado de derechos laborales fundamentales, que supongan límites al legislador para regular las relaciones de trabajo, o al gobierno para la formulación de políticas relativas al mercado de trabajo, como, en cambio si existen en nuestra constitución. Ello no significa dejar de observar las posibles implicancias que un régimen de despido libre o muy flexible, –aun cuando este fuere mitigado por un sistema de protección social muy completo y generoso– tiene respecto de derechos humanos y bienes jurídicos, como el derecho al trabajo, la dignidad del trabajador o el ejercicio de la ciudadanía, contemplados en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aceptados por las naciones civilizadas y democráticas como fundamento de la convivencia tanto internacional cuanto interna. Por ello, Romagnoli, critica sin ambages esta propuesta señalando que “(...) el proyecto de *flexsecurity* elaborado en la Unión Europea tiene las propiedades de un anestésico suministrado para obedecer a los dictámenes de una ética opaca”⁽⁹⁸⁾.

Lo que nos interesa, en cualquier caso, destacar es que el trasplante a nuestro medio de semejante modelo confronta tanto límites jurídico-constitucionales, cuanto limitaciones reales o materiales, que no se pueden ignorar.

En efecto, el Perú es un país con bajísimos niveles de protección social. Al año 2010, apenas el 37.7 % de la Población Ocupada Urbana (POU) tenía acceso a pensiones de seguridad social, correspondiendo el 55.2 % a los asalariados y el

(98) ROMAGNOLI, Umberto. Ob. cit., p. 17.

23.8 % a los no asalariados⁽⁹⁹⁾, lo que significa que casi dos tercios de los trabajadores no tienen acceso a pensiones de jubilación o de invalidez. Los diferentes sistemas de pensiones se financian con los aportes de los trabajadores. En el Sistema Nacional de Pensiones la pensión máxima es de 857.00 soles mensuales, esto es decir, aproximadamente 325 dólares; la pensión promedio del Sistema Privado de Pensiones asciende a 1,000.00 soles mensuales (380 dólares, aproximadamente).

En atención de salud, solo el 53.8 de la POU tienen acceso a esta forma de protección (63.9 de los asalariados y 50.9 de los no asalariados)⁽¹⁰⁰⁾ lo que indica que la mitad de los trabajadores carecen de esta.

Por otro lado, la presión tributaria en el Perú ronda el 12 %, existiendo actualmente la meta del 15 %.

Con estos datos podemos preguntarnos nuevamente ¿es viable un modelo de flexiseguridad en el Perú? ¿Cuando dos tercios de la POU no tienen acceso a pensiones de jubilación o invalidez, es factible crear un seguro de desempleo que garantice al trabajador que pierde su empleo ingresos aproximados a los que estaba percibiendo en actividad, como ocurre en Dinamarca?

Lo más probable es que de optar por imitar el modelo danés, careciendo del contexto político, institucional, económico y social sobre el cual este descansa, terminemos, además de las trasgresiones constitucionales que conllevaría, – salvo que se reforme la Constitución y el Perú denuncie el PIDESC y el Protocolo de San Salvador– construyendo un modelo que, en el fondo, suponga aproximarnos a un esquema de despido libre, con mínimas pensiones por desempleo y escasa o nula intervención del Estado en la capacitación y reentrenamiento de los desempleados y la activación del mercado de trabajo.

Tal modelo no podría ser reconocido como uno de “flexiseguridad”, sino como uno distinto, que, con mayor exactitud podría ser denominado como “flexi-inseguridad” o “flexi-precariedad”, el cual, en lugar del “triángulo de oro” danés vendría a configurarse como un “triángulo de barro” cuyos tres lados serían: i) despido libre o con mínima protección, ii) prestaciones por desempleo diminutas o exiguas y iii) prevalencia de las políticas pasivas del mercado de trabajo.

(99) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO/Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. *Panorama Laboral 2011*, Lima, 2011, p. 136.

(100) Ídem.

2. Ampliar la protección contra el despido

Esta es la línea de futuro plasmada en el proyecto de la Ley General de Trabajo, formulado por la Comisión Revisora designada por el Ministerio de Trabajo el año 2011⁽¹⁰¹⁾, el cual contiene, en materia de despido, las siguientes propuestas.

A) Subsistencia del régimen indemnizatorio pero reforzado

En el crucial tema de las medidas reparadoras del despido –indemnización o reposición–, que establece la distinción entre la estabilidad relativa o la absoluta, el proyecto de LGT, no altera el esquema actual, es decir, la indemnización como regla general en caso de despido arbitrario, confinando la reposición al supuesto del despido “nulo”; y ello, en atención a que este esquema ha sido convalidado por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 976-2001-AA/TC. Sin embargo, el proyecto LGT, modifica la escala indemnizatoria aplicable al despido arbitrario, sin necesidad de elevar la cuantía por año de servicios vigente (un sueldo y medio), al ampliar el periodo de servicios indemnizable que actualmente es de solo 8 años –como efecto del tope de 12 remuneraciones de indemnización máxima– hasta los 16 años, convirtiendo la escala actual en el primer tramo de una nueva, a la que se agregan otros dos tramos de 4 años cada uno, en los cuales la indemnización es, respectivamente, de uno y de medio sueldo por año, respectivamente, derivando en el siguiente esquema: **primer tramo:** 8×1.5 ; **segundo tramo:** 4×1 , y **tercer tramo:** 4×0.5 . Sin afectar, por lo tanto, el modelo de “estabilidad relativa”, se corrige, parcial –aunque significativamente– el efecto regresivo de la escala actual, que después de los primeros 8 años de servicios, tendía a decrecer en cuanto a su alícuota anual. Se sigue en este caso una lógica inversa a la que inspira el “abaratamiento del despido”: su encarecimiento actuará como medio disuasorio para los despidos abusivos o arbitrarios.

B) Despido lesivo de derechos fundamentales

Un cambio importante tiene lugar en el tratamiento del despido nulo, pues, en primer lugar, se abandona su concepción restrictiva o mutilada al considerar como supuesto de hecho del mismo todo despido que lesione los derechos fundamentales, sin limitarlo a solo unos cuantos de estos, aunque por razones, exclusivamente de orientación a los operadores del Derecho, el proyecto enuncia, sin carácter taxativo, los más relevantes, en versión similar a la del artículo 29 LPCL. Esta clase de despido se rebautiza como “despido lesivo de derechos fundamentales” a

(101) Integrada por los doctores Carlos Blancas Bustamante (Presidente), Mario Pasco Cosmópolis, Alfonso de los Heros Pérez-Albela, Javier Neves Mujica, Jaime Zavala Costa y Alfredo Villavicencio Ríos.

fin de identificarlo por su naturaleza y no por sus efectos (nulidad). Asimismo, se incluye, siguiendo la jurisprudencia del TC, la figura del “despido fraudulento”, que comprende los supuestos relativos a i) imputar al trabajador hechos falsos o ficticios o utilizar pruebas falsas o fabricadas, ii) impedir al trabajador su derecho de defensa previo al despido, y iii) el fraude a la ley cuando el despido por necesidades de funcionamiento (colectivo o individual) se realiza sin autorización administrativa o carece de causa.

En segundo lugar, se precisa que la acción de nulidad, en la que el *onus probandi* corresponde al trabajador, no excluye que, en caso de no demostrarse la nulidad de la extinción, el juez pueda, no obstante, calificar el despido como arbitrario, si, por su parte, el empleador no demuestra la causa justa imputada. Respecto a la carga de la prueba, además de reconocer mecanismos de facilitación de la misma, el proyecto LGT, exonera de la misma al trabajador cuando este tiene la condición de dirigente sindical o la de mujer embarazada⁽¹⁰²⁾, al establecer, a su favor, la presunción de que el despido obedece a dicha condición, trasladando, por tanto, al empleador, la obligación de probar la existencia de una causa justificada para el despido

C) Despido indirecto y hostilidad del empleador

En la regulación del “despido indirecto”, se introducen los cambios en la enumeración de los “actos de hostilidad”, al restaurarse algunos que fueron suprimidos sin mayor fundamento y agregarse otros.

Entre los primeros, figuran los relativos a la discriminación por motivos sindicales o políticos y la tipificación del incumplimiento deliberado y reiterado por el empleador de sus obligaciones legales y convencionales.

En el caso de los segundos, cabe mencionar la trasgresión de las diversas garantías establecidas en los supuestos de movilidad funcional y geográfica del trabajador (que el proyecto de LGT regula exhaustivamente); el acoso sexual y el acoso moral, no solo cometidos por el empleador o sus representantes, sino, incluso, por otro trabajador jerárquicamente equiparado a la víctima cuando el empleador no adopte medidas preventivas para impedirlo o sancionarlo (“acoso sexual ambiental”) y finalmente, disponer o aplicar controles o registros sobre la persona del trabajador, lesivos a su dignidad e intimidad, como correlato de las normas protectoras que en esta materia contiene la ley.

(102) En el caso de la mujer embarazada esta presunción fue establecida por la Ley N° 27185, promulgada el 1 de octubre de 1999, que modificó el inciso e) del artículo 29 de la LPCL.

D) Despido colectivo

En materia del despido por “necesidades de funcionamiento” en primer lugar se establece la obligación de indemnizar el despido colectivo, con base en una escala especial que parte de 22 días por año de labor. Y, en segundo lugar, se introduce la figura del despido “individualizado” que procede cuando el empleador requiera suprimir una plaza. En ambos casos, la indemnización respectiva debe abonarse antes del cese efectivo del trabajador, como condición de validez de este. Asimismo, se sanciona con la nulidad el despido cuando, en el caso del colectivo carece de autorización administrativa, y en el individualizado la alegada supresión de plaza es falsa.

E) Protección especial de los dirigentes sindicales

Asimismo, el proyecto de LGT introduce una figura novedosa como es la del “despido-propuesta” para el caso de los dirigentes sindicales que gozan de fuero sindical, conforme a la cual estos no pueden ser despedidos sin previa autorización del juez, en proceso incoado por el empleador alegando que existe causa justa para el despido. Esta figura existe actualmente en los ordenamientos de Chile, Colombia, Panamá y Paraguay y tiene como propósito proteger la libertad sindical evitando el descabezamiento de las organizaciones sindicales.

Las propuestas de la LGT, que recogen la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional, representan un avance importante en la dirección correcta, esto es, elevar el nivel de protección del trabajador frente al despido, teniendo en cuenta el contexto económico y político en que dicha legislación debe aprobarse. Ello no significa, no obstante, alcanzar el nivel deseable en esta materia, el cual que a nuestro juicio, consiste en restablecer la **estabilidad laboral absoluta**, pues, conforme a una interpretación estricta del “derecho al trabajo” si la falta grave imputada al trabajador no se demuestra y, por lo tanto, no existe, el despido fundado en esta debe reputarse incausado, procediendo, por tanto la reposición del trabajador.

Esta tesis puede parecer radical o extrema a los ojos de los flexibilizadores o desreguladores pero, por el contrario, obedece a las exigencias de justicia que dimanen del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, que nuestra Constitución proclama en su artículo 1, pues la protección contra el despido, tiene una profunda relación con la defensa de la dignidad humana como lo ha resaltado el Papa Benedicto XVI en la Carta Encíclica *Caritas in Veritate*:

“El estar sin trabajo durante mucho tiempo, o la dependencia prolongada de la asistencia pública o privada, mina la libertad y la creatividad de la persona y sus relaciones familiares y sociales, con graves daños en el plano psicológico y espiritual. Quisiera recordar a todos, en especial a los gobernantes que se ocupan en dar un aspecto renovado al orden económico y social del mundo, que el primer capital que se ha de salvaguardar y valorar es el hombre, la persona en su integridad: “Pues, el hombre es el autor, el centro y el fin de la toda la vida económico-social”.