

LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO ANTE EL DESPIDO EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO¹

OMAR TOLEDO TORIBIO²

El tratamiento de la protección frente al despido formulada en el texto del Decreto Legislativo 728 hace referencia a la protección restitutoria, es decir, a la posibilidad de reponer al trabajador únicamente ante el supuesto del despido nulo. En otras latitudes esto también se denomina despido lesivo de derechos fundamentales, en tanto que en caso de despido arbitrario o indirecto se establece una protección reparatoria o indemnizatoria.

En ese sentido, si bien ésta es una fórmula planteada por el Decreto Legislativo 728, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional - a partir del caso FETRATEL Vs. TELEFÓNICA - establece una nueva configuración del tratamiento del despido, especialmente en lo que se refiere a la reposición y ampliando la posibilidad de conceder la misma a los despidos incausados y fraudulentos. Luego, el mismo tribunal recoge el precedente vinculante Baylón Flores de

-
- 1 El presente artículo es una síntesis de la ponencia realizada por el autor durante el ciclo de conferencias “El Anteproyecto del Código de Trabajo bajo análisis”, celebrado entre los meses de junio y agosto de 2022. El expositor no ha revisado ni realizado correcciones sobre la versión escrita de su presentación en formato oral.
 - 2 Abogado, Magister en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez Superior Titular y Presidente de la Cuarta Sala Laboral de Lima. Ha desarrollado estudios en Litigación Oral Laboral en el California Western School Of Law, en la Universidad de Medellín y en la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de Colombia. Profesor de pre-grado, maestría y doctorado en las siguientes universidades: San Martín de Porres, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

carácter ciertamente normativo y posteriormente ratificado en el precedente Elgo Ríos, a propósito de establecer la vía igualmente satisfactoria, para fijar los criterios que definen la protección frente a estos tipos de cese.

El anteproyecto del Código de Trabajo prevé reconocer esta evolución jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional, que pretorianamente ha creado dos nuevas figuras de despido con fines de reposición, y por lo tanto positiviza los pronunciamientos con carácter de precedente vinculante. Es más, se sabe que ha existido una suerte de ocio legislativo, ya que el Poder Legislativo - a pesar del tiempo transcurrido desde la emisión del precedente vinculante Baylón Flores hasta la fecha - no ha sido capaz de poder recoger o regular en buena forma este avance jurisprudencial.

La virtud del proyecto de Código de Trabajo parece estar entonces en haber recogido esta evolución jurisprudencial que ciertamente no podría ser materia de retroceso, en virtud de los principios de progresividad y no regresividad de los derechos de naturaleza laboral fundamental contemplados en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De manera que la iniciativa también logra plantear el establecimiento de un despido injustificado propiamente, mejor dicho un despido nulo bajo dos vertientes: injustificado y nulo.

Respecto al despido injustificado podemos apreciar que el proyecto recoge en cierta forma lo que es el cese arbitrario y lo que viene a ser el desarrollo del despido fraudulento, que ha sido diseñado por el Tribunal Constitucional. Esta última figura ha tenido una evolución jurisprudencial hasta llegar eventualmente a abarcar ciertos aspectos del despido que invoca la afectación al principio de razonabilidad o proporcionalidad, que la Corte Suprema recientemente ha señalado que no corresponde a la figura del despido fraudulento sino más bien a la del despido arbitrario. Por lo tanto, bajo esa perspectiva no cabría una reposición.

No obstante, la tipificación del despido propiamente nulo en el texto se limita a la protección de los derechos que ahora están estatuidos en el artículo 29 del Decreto Legislativo 728, cuando debiera haberse optado por una forma 'numerus apertus' en oposición a la 'numerus clausus' y entender el despido nulo como todo aquel cese lesivo de derechos fundamentales. Así se podría superar la discusión actual que existe sobre si en sede ordinaria es posible verificar, tramitar o resolver las acciones de reposición por despido lesivo de derechos fundamentales.

A manera de ejemplo, ¿qué sucede si un trabajador es suspendido por falta grave y luego despedido por el mismo hecho? Sabemos que por la regla constitucional de la prohibición del *'ne bis in idem'*, es decir, la imposibilidad de sancionar dos veces por un mismo hecho, evidentemente sería materia de protección. Se discute si eso podría ser materia de tratamiento en la vía ordinaria, puesto que en la vía constitucional hemos apreciado que hay pronunciamientos del Tribunal Constitucional cautelando precisamente este principio.

Así, podemos encontrar situaciones que tienen que ver con los denominados derechos inespecíficos en el seno de la relación laboral, estos son aquellos derechos que corresponden al trabajador como ciudadano o ciudadano trabajador. Puede ser la afectación del derecho a la libertad de expresión en el centro laboral o la afectación al derecho a la intimidad y a la privacidad de las comunicaciones. Y en general todos aquellos derechos fundamentales que el trabajador lleva consigo cuando ingresa a una relación laboral.

Consideramos que debió abrirse la posibilidad de cautelar el despido nulo, como aquel despido lesivo de derechos fundamentales y en consecuencia superar esa concepción *'numerus clausus'* que contempla el actual artículo 29 y que parecería se replica en el anteproyecto del Código de Trabajo. Evidentemente se trata de cautelar los derechos fundamentales tutelados por normas internacionales que constituyen *'ius cogens'* y que vinculan a todos los Estados.

Igualmente establecer que la reparación ante el despido injustificado y nulo es la reposición más el pago de las remuneraciones devengadas constituye una virtud del proyecto. Por ende, estamos en un punto crucial y de preocupación para las partes, tanto por el lado del trabajador como por el lado del empleador, puesto que a partir del quinto pleno supremo laboral se estableció que la única reparación frente al despido incausado y fraudulento estaría comprendida por la indemnización por daños y perjuicios. Desde entonces se han producido un conjunto de pronunciamientos en relación a la determinación del lucro cesante y el daño moral. Particularmente sobre el primero podemos encontrar tantos criterios como órganos jurisdiccionales en materia laboral existen.

No hay un criterio uniforme en lo que se refiere a la determinación del lucro cesante, es decir, si equivale a las remuneraciones que se han dejado de percibir, si éstas constituyen solamente una referencia, o si deben deducirse o no los ingresos percibidos por el trabajador en otros centros o relaciones laborales

durante el tiempo en que estuvo despedido. Entonces existe incertidumbre en lo que se refiere a la determinación del lucro cesante y el daño moral. Sobre este último la discusión - con distintos criterios al respecto - gira en torno a si debe presumirse o no y si debe acreditarse con prueba directa o indirecta.

Particularmente algunos plenos superiores han llegado a confundir más bien, como el último pleno de Tacna correspondiente al año 2019, donde se señala que el daño moral no se presume, en contraposición al pleno jurisdiccional de Chiclayo 2018, que sí consideró que se presumía el daño moral por el despido. En tanto el primero de estos plenos señala que el daño moral debe ser acreditado, ya sea con prueba directa o indirecta, salvo que se afecte la dignidad del trabajador. La pregunta entonces es qué despido no afecta la dignidad del empleado, desde el momento en que deja de percibir la fuente de sustento o los ingresos que ésta le origina, tanto para él como para su familia.

Cabe mencionar que estamos ante una situación en que no existe uniformidad de criterio para la determinación del lucro cesante y el daño moral, generándose desconcierto al respecto. Pareciera mejor apostar a que se contemplaran las remuneraciones devengadas tanto para el despido incausado como para el despido fraudulento, esto es con deducción de los períodos de inactividad procesal como sucede con lo regulado para el despido nulo. De esta manera, tanto trabajadores como empleadores tendrían un marco objetivo.

La virtud del proyecto ciertamente es que se haya definido y decantado por establecer únicamente el pago de las remuneraciones devengadas con deducción de los períodos de inactividad procesables o imputables a las partes. Finalmente, corresponde criticar el establecimiento de plazos únicos o estándar relacionados al principio de inmediatez que como sabemos es una suerte de prescripción de la facultad disciplinaria del empleador. Hasta ahora estos se determinan en función a un criterio de razonabilidad, contrario a los tiempos muy rígidos establecidos por el proyecto, que evidentemente pudieran en algunos casos ocasionar dificultades. Se debería, por ende, tenderse a un criterio similar al vigente.

Siempre, en última instancia, se podría señalar que se afecta el principio de inmediatez cuando el empleador no demuestra objetivamente las razones por las que se ha tomado el tiempo transcurrido para reaccionar ante una falta grave.