

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL



“EL DESPIDO ARBITRARIO Y SU PROTECCIÓN EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LABORAL DEL PERÚ 1993-2010”

TESIS PRESENTADA POR EL BACHILLER:

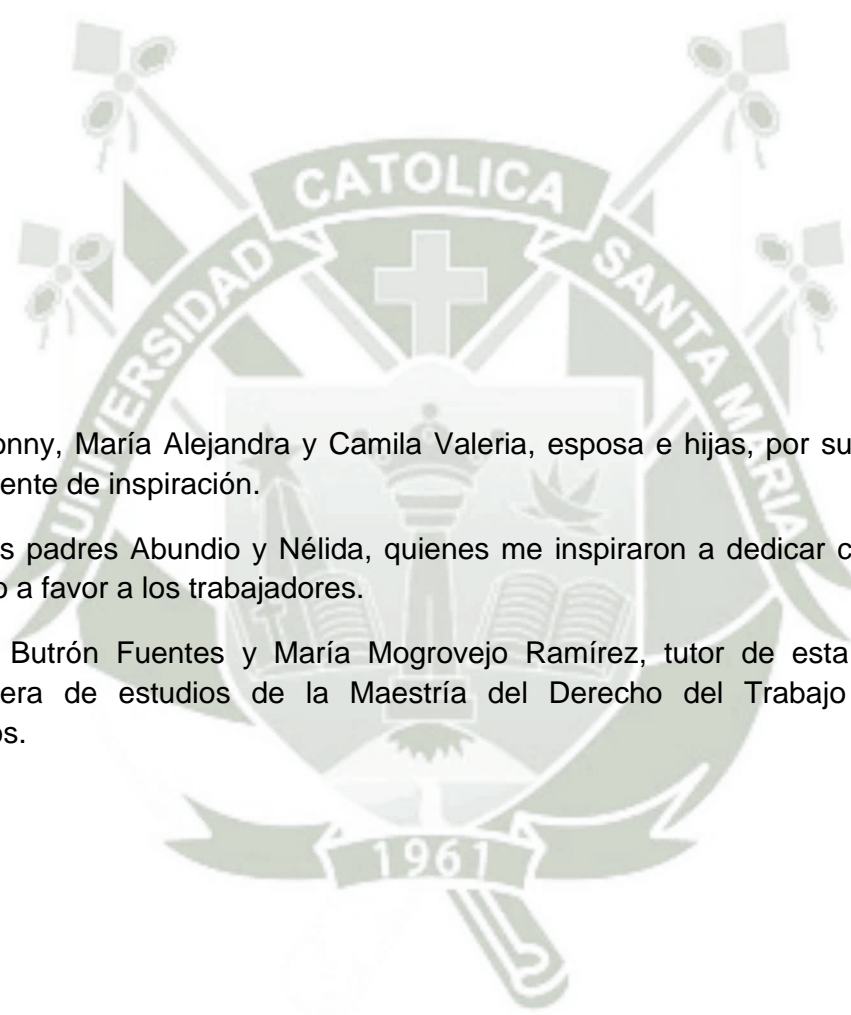
GÓMEZ VALVERDE, Jaime

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER EN DERECHO DEL TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

AREQUIPA – PERU

2013



Para Conny, María Alejandra y Camila Valeria, esposa e hijas, por su amor y ser la fuente de inspiración.

Para mis padres Abundio y Nélide, quienes me inspiraron a dedicar cualquier esfuerzo a favor a los trabajadores.

A José Butrón Fuentes y María Mogrovejo Ramírez, tutor de esta tesis y compañera de estudios de la Maestría del Derecho del Trabajo y SS., fallecidos.

(...) “En realidad, el artículo 4 del Convenio (158 OIT) no se limita a obligar a los empleadores a justificar los despidos, sino que *ante todo exige que en virtud del <principio fundamental de la justificación> no se despide a un trabajador salvo que para ello exista algún motivo relacionado con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa*”.

Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 98 reunión, 2009.

INDICE

	Página
EPIGRAFE	2
INDICE	3
RESUMEN	7
ABSTRACT	9
INTRODUCCION	10
PRESENTACION DE RESULTADOS	
PRIMERA VARIABLE: EL DESPIDO ARBITRARIO	
CAPITULO I. EL ENTORNO DEL DESPIDO ARBITRARIO	
Sección 1. Entorno económico, político y social	12
Sección 2. Política laboral del Estado, Decreto Legislativo No. 728	13
Sección 3. Fundamentos de los empleadores, trabajadores, la OIT	21
3.1 Los empleadores	21
3.2 Los trabajadores	24
3.3 Posición de los expertos y la OIT	25
Sección 4. La flexibilidad	27
4.1 La flexibilidad en el Perú	31
Sección 5. El Consenso de Washington	35
Sección 6. La globalización	38
Sección 7. Costos laborales	40
Sección 8. Análisis de la variable despido arbitrario e indicadores	50
CAPITULO II. LA REGULACION DEL DESPIDO ARBITRARIO EN EL PERU, ANALISIS ACTUAL, HISTORICO Y PROSPECTIVO	
Sección 1. El despido arbitrario	53
1.1 Delimitación	53
Sección 2. Regulación del despido arbitrario	54

2.1 Constitución Política del Perú de 1993	55
2.2 TUO del D. Legislativo No. 728, DS. No.003-97-TR	55
Sección 3. Definición y análisis de las normas	56
Sección 4. Evolución del despido en la legislación del Perú	59
4.1 El despido en la historia: inca, colonia, independencia y moderna	59
4.2 Regulación a partir del Código de Comercio (1902)	61
4.3 Ley 4916, ley del empleado	62
4.3 Ley 8439, Ley del obrero	63
4.5 Código Civil	63
4.6 Decreto Ley No. 18471	64
4.7 Decreto Ley No. 22126	66
4.8 Constitución Política de 1979	67
4.9 Ley 24514	69
4.10 Decreto Legislativo No. 728	70
4.11 Constitución Política de 1993	72
4.12 Ley 26513	73
4.13 Decreto Legislativo No. 855	74
4.14 Decreto legislativo No. 871	74
Sección 5. La regulación en las Constituciones latinoamericanas	78
Sección 6. La regulación en Convenios, Recomendaciones OIT	81
Sección 7. El despido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)	85
Sección 8. El despido en el proyecto de Ley General del Trabajo y proyectos de ley en el Congreso de la República	87
8.1 Proyecto Ley General de Trabajo	87
8.2 Proyecto ley 14616	88
8.3 Comisión de Trabajo de 30.11.00	89
8.4 Otros Proyectos de Ley	90
Sección 9. Evolución de la protección del despido en las sentencias de la Justicia Laboral y Tribunal Constitucional	93
9.1 Jurisprudencia laboral y administrativa	94

9.2 Jurisprudencia constitucional	102
SEGUNDA VARIABLE: LA PROTECCION EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LABORAL DEL PERU 1993-2010	105
CAPITULO I. LA PROTECCION DEL TRABAJO	
FUNDAMENTOS JURIDICOS, POLITICOS Y ECONOMICOS	
Sección 1. Función protectora del derecho del trabajo	107
Sección 2. Fundamentos jurídicos y doctrinarios	116
Sección 3. Fundamentos de carácter político, social y económico del Derecho de trabajo	118
CAPITULO II. CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO	130
Sección 1. Definición sobre contenido esencial de la norma	131
Sección 2. Contenido esencial: adecuada protección contra el despido Arbitrario	136
Sección 3. Reposición versus indemnización	146
3.1 La reposición como protección adecuada	148
3.2 La indemnización como protección adecuada	161
3.3 Posición final	170
CAPITULO III. LA PROTECCION DEL DESPIDO ARBITRARIO EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA LABORAL	171
Sección 1. La protección en las sentencias del Tribunal Constitucional	
1.1 Expediente No. 0145-2008-PA/TC, Arequipa	174
1.2 Expediente No. 01793-2008-PA/TC, Tacna	175
1.3 Expediente No. 1124-2002-AA/TC	176
1.4 Expediente No. 3275-2003-AA/TC	176
1.5 Expediente No. 976-2001-AA/TC	177

Sección 2. La protección en las sentencias: Sala de Derecho Constitucional y Social, Juzgados y Salas laborales	179
2.1 Casación 2306-2004, Lima	179
2.2 Casación 613-2008, Arequipa	180
2.3 Casación 3034-2009, Huàura	181
2.4 Sentencia No. 059-2008-26JLT, Lima	184
2.4.1 Sentencia confirmatoria, Expediente No. 6135-2008	184
2.5 Expediente No. 4371-2006-IDA(S), Lima	185
2.6 Expediente No. 4374-2007-BE(S), Lima	185
2.7 Expediente No. 2199-2007-BE(S), Lima	186
Sección 3. Análisis de la protección en la justicia constitucional y Laboral	188
Sección 4. El control difuso del Artículo 34 de la LCPL, y el Juez Laboral	192
DISCUSION DE LAS VARIABLES	199
CONCLUSIONES	200
RECOMENDACIONES	207
BIBLIOGRAFIA	208
HEMEROGRAFIA	215
INFORMATOGRAFIA	216
APORTE (PROPUESTA DE PROYECTO DE LEY)	217
ANEXOS	218
Anexo 1 Proyecto de Investigación	218
Anexo 2 Cuestionario E1	236

RESUMEN

El despido arbitrario, en nuestro país, se tutela con la reposición en el trabajo, o el pago de la indemnización al trabajador. El trabajador afectado tiene dos vías para lograr reparar este hecho, excluyentemente, el juicio de amparo, o el juicio laboral. Consecuentemente, la protección que otorgan los órganos jurisdiccionales, de la justicia constitucional y la justicia laboral, difiere una de otra sustancialmente. Precisamente esta diferencia en la protección nos impulso a investigar, para conocer la realidad de la protección que se otorga al trabajador según nuestra Constitución. Después de analizar el marco teórico propuesto en el proyecto, el estudio se realizó, revisando y analizando expedientes concluidos con sentencia firme, en el Tribunal Constitucional, Juzgados y Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima y Sala de derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ciudad de Lima, cuya materia principal es el despido arbitrario o sin causa. Del universo de expedientes, entre los años 1993 y 2010, la muestra lo constituye 12 expedientes: 07 que corresponden a la justicia constitucional, y 05 a la justicia laboral. Asimismo, se aplicó un cuestionario a los 29 jueces laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima con Sede en el Edificio Javier Alzamora Valdez, para conocer el fundamento principal para ordenar solo el pago de la indemnización que dispone la ley, y explorar la posibilidad de admitir demandas de reposición vía control difuso, como lo hizo el Tribunal Constitucional a partir del año 2002 en el caso Trabajadores de Telefónica del Perú. Se ha verificado que la protección difiere como consecuencia de la tutela procesal que otorga la acción de amparo frente a la

acción laboral, cuyo titular es el trabajador al ejercitarla. Contrastando los resultados obtenidos, con la hipótesis planteada, aceptamos esta, dado que se ha demostrado que la justicia constitucional otorga mayor protección al trabajador cuando ordena su reposición, a diferencia de la justicia laboral cuando ordena el pago de la indemnización que señala la ley.

Palabras Claves: Despido arbitrario, protección del trabajador, reposición, indemnización, justicia constitucional y justicia laboral.



ABSTRACT

In our country, workers are protected against unfair or Arbitrary dismissal, with repossession of job, or the payment of compensation due to the worker two means provided by law. The employee concerned has these two ways to accomplish this repair done, either the constitutional legal proceedings called exclusive manner, the amparo, or labor trial. Consequently, the protection afforded by the courts, either of constitutional justice or by labor justice, differs substantially from one another. It is this difference in protecting impels us to research the reality of the protection that our Constitution offers to workers. After analyzing the theoretical framework proposed in the project, the study was conducted, reviewing and analyzing cases concluded with a final judgment in the Constitutional Court, Labour Courts and Chambers of the Superior Court of Justice of Lima and at the Chamber of Constitutional and Social law in the Supreme Court of Justice of the Republic, whose main subject is protection against arbitrary dismissal or fire without cause. The universe of the research is a set of cases, and proceedings sued between 1993 and 2010. The sample is made up of 12 cases: 07 of which correspond to the constitutional justice, and 05 to the labor courts. We also surveyed asking to fill a questionnaire to all 29 judges working at that time in the Superior Court of Lima with headquarter sin Javier Alzamora Valdez Building, to explore and research the possibility of allowing repossession trials by the way of diffuse control, as did the Constitutional Court since the year 2002 in the case of Telefónica del Peru Workers vs. Telefónica del Peru. It was verified that protection differs due to the procedural protection granted the amparo against labor law action, which the employee on exercise is let to advocate. Contrasting the results obtained with the proposed hypothesis, we accept this possibility, since it has been shown that constitutional justice gives greater protection to workers when ordered this repossession, unlike labor justice when ordering payment of compensation prescribed by law, due to unfair dismissal.

Keywords: unfair dismissal, worker protection, repossession, compensation, constitutional law, labor justice.

INTRODUCCION

“El Despido Arbitrario y su Protección en la Justicia Constitucional y Laboral del Perú 1993-2010”, es el título del problema de nuestra investigación. Hemos considerado importante describir el entorno en que se desarrolla el despido, y observar los efectos de la protección cuando el trabajador es despedido arbitrariamente (sin causa). Resulta interesante conocer el porqué difiere la protección que otorga el sistema judicial peruano al trabajador, hay una mayor y menor protección del trabajador despedido, de acuerdo con las sentencias del Tribunal Constitucional y la justicia laboral. Nos ha interesado averiguar si existe una relación de causalidad para gozar una mayor o menor protección, para responder la hipótesis: “El trabajador despedido sin causa en el Perú, está adecuadamente protegido cuando el juez constitucional ordena su reposición, y no lo está cuando el juez laboral ordena el pago de la indemnización tarifada”. Para ello hemos observado el Proyecto de Investigación aprobado, así como la metodología señalada por la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María.

El tema abordado es de actualidad, porque ataca un problema crítico respecto a la regulación de la protección del despido arbitrario. Pues, una de las causas de la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, es el despido arbitrario o sin causa. Este hecho que puede ocurrir en el desarrollo de cualquier relación laboral, de la actividad privada o pública, y origina para el trabajador la pérdida inmediata del trabajo, y la posibilidad de solicitar su revisión judicial. La contienda puede desarrollarse en dos planos: en la justicia constitucional y la justicia laboral con dos resultados, cuando la protección debe ser una: “la reposición”.

En el desarrollo de la presente investigación no hemos tenido limitaciones, y las existentes las hemos podido superar en el tiempo, salvo la que corresponde a la aplicación del cuestionario a los señores Jueces Especializados en lo Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, que sólo 07 Jueces respondieron el cuestionario de los 29 Jueces destinatarios. La investigación

también nos ha permitido conocer de cerca el desarrollo de la casuística laboral y la diferencia del tratamiento de la justicia a un mismo hecho.

Finalmente, expreso mi agradecimiento a mis maestros de la Escuela de Postgrado, por enseñarme a dar los primeros pasos en el estudio y la investigación del derecho de trabajo y la seguridad social.



PRESENTACION DE RESULTADOS

PRIMERA VARIABLE: EL DESPIDO ARBITRARIO

CAPITULO I. EL ENTORNO DEL DESPIDO ARBITRARIO

Sección 1. Entorno económico, político y social

En cuanto a la primera Variable: **“EL DEPIDO ARBITRARIO”**, hemos verificado en el desarrollo de la investigación, al revisar y analizar el texto de las leyes, estudios y artículos sobre la regulación del despido, que el entorno económico, político y social originó e influyó en la modificación de la regulación del despido en la legislación laboral del Perú. En efecto, la gestión económica, política y social del gobierno del ex Presidente Alberto Fujimori F., implementada a partir del 28 de julio de 1990, fecha en que asume su mandato para el período 1990-1995, se produce la derogación de las normas laborales vigentes entonces (protectoras de los trabajadores). Ello responde a la decisión del Estado y al pedido de los empresarios, que acusaban a la legislación laboral de ser rígida, causar sobre costos, y que los trabajadores eran casi propietarios de los puestos de trabajo lo que impedía generar más empleos e inversión, y tener una legislación proteccionista para pocos trabajadores, etc.; a ello se suma que organismos económicos, como el FMI, BM, BID, siguiendo los lineamientos del Consenso de Washington, exigieron al Perú como a otros países latinoamericanos que afrontaban una grave crisis económica, que adecuaran su política económica a dichos postulados y políticas. Una de esas políticas fue la desregulación (flexibilización) del mercado laboral, y minimizar la intervención del Estado en las relaciones económico-laborales.

Analizada la información recopilada, podemos afirmar que el **ENTORNO ECONOMICO, POLITICO Y SOCIAL**, ha influido en la regulación del despido arbitrario en nuestro país a partir de 1991, y decisivamente el año 1993 con la promulgación de la Constitución Política de 1993. Describimos a continuación dicho entorno con respecto a la regulación del despido arbitrario.

Sección 2. Política laboral del Estado, Decreto Legislativo No. 728

Al desarrollar el contenido de la variable “despido arbitrario”, trataremos de reconstruir el entorno que ocasionó la modificación de las normas sobre la protección del despido – desregulación- , partiendo de las justificaciones que se dieron para modificar la legislación relativa a la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, despido del trabajador, en el plano legal y constitucional.

Los fundamentos para reformar en general la legislación laboral, y en especial la relativa al despido (terminación de la relación de trabajo), se encuentran consignados en la Exposición de Motivos, y Considerando del Decreto Legislativo No. 728:

“EXPOSICION DE MOTIVOS”

*“Con fecha 03 de junio del presente año, el Congreso de la República acordó delegar al Poder Ejecutivo facultades legislativas en materia de fomento del empleo, por el término de ciento cincuenta (150) días. El artículo 1° de la ley habilitante, asimismo, fijó una materia genérica a esta delegación, al imponer al Ejecutivo el imperativo de “promover el acceso masivo al trabajo de conformidad con los artículos 42° y 43° de la Constitución” y de “crear nuevas oportunidades de empleo”. Para tales fines, el mandato especifica que dicha delegación debería complementarse con dos mecanismos normativos, como son: **La flexibilidad de la contratación laboral** y la adecuación de la normatividad de la pequeña empresa, de la microempresa y del trabajo autónomo.*

*Por otra parte, la única limitante que se establece en la Ley de delegación de facultades es que el Ejecutivo **en todo caso deberá respetar las normas constitucionales de estabilidad laboral** - artículo 48°.- y los derechos adquiridos de los trabajadores - artículo 57°.*

Dentro de este orden de conceptos, la Ley de Fomento del Empleo se inscribe claramente dentro de las líneas de la tendencia doctrinaria dominante en el Derecho Laboral contemporáneo, surgida a inicio de la década de los ochenta en los países industrializados con economía de mercado. Los más recientes desarrollos y evoluciones del pensamiento económico coinciden en asignarle al mercado un rol fundamental en la asignación eficiente de recursos, y el mercado de trabajo tampoco constituye una excepción a esta regla general”.

(...)

I. TITULO PRELIMINAR

En el Título Preliminar, la Ley consagra los principios fundamentales que regirán nuestra política de empleo, a saber la promoción de un régimen de igualdad de oportunidades de empleo que asegure a todos los peruanos el acceso a una ocupación útil, tal como lo ordena el artículo 42° de nuestra Constitución Política. En buena cuenta, el objetivo central de la norma es la regulación de este régimen de igualdad de oportunidades para acceder al mercado de trabajo.

A continuación, la Ley señala los principales objetivos de la política nacional de empleo, como son la generación masiva de empleo, el mejoramiento de los niveles de empleo, la estimulación de la inversión productiva en el sector privado, la capacitación laboral y el mejoramiento de la productividad laboral.

III. TITULO II

DEL CONTROL DE TRABAJO

Las razones por las cuales se optó por una regulación sustantiva del contrato de trabajo son evidentes: se requería fijar como regla fundamental la presunción en favor de la duración indeterminada del contrato de trabajo. Por ello resultó necesario regular lo relativo a los mecanismos de acceso al mercado laboral, tanto las relaciones previas - título anterior - como la duración del contrato

de trabajo, su naturaleza, clase, el período de prueba. Es decir, la denominada "regulación de entrada", expresamente recogida en la norma habilitante.

Ello se inscribe, asimismo, dentro del espíritu de la norma habilitante, desde el momento que prioriza la creación de nuevas oportunidades de empleo, lo que evidentemente sólo puede lograrse a partir de un sistema ágil y flexible de contratación que impulse la movilidad laboral.

*Como quiera que la Ley entra al terreno de la regulación del contrato de trabajo, su nacimiento, suspensión, también resulta imperativo que **dentro del espíritu de la flexibilización, propicie la creación de nuevas oportunidades de empleo, a partir de una mayor movilidad laboral, lo cual sólo puede alcanzarse con una normativa de salida un tanto más equilibrada, que concilie la protección del trabajador contra el despido arbitrario como lo recoge el artículo 48° de la Constitución - con la generación de nuevos empleos, lo que evidentemente no es susceptible de alcanzarse con el régimen vigente de estabilidad absoluta -, que también estabiliza al desempleado, instaurando una suerte de propiedad del puesto de trabajo lo que contraviene el objetivo fundamental de la Ley que es la promoción de un régimen de igualdad de oportunidades de empleo.***

En consecuencia, con establecer un régimen de estabilidad que respete los derechos adquiridos anteriormente por los trabajadores con las Leyes Nos. 18471, 22126 y 24514, se estaría cumpliendo con el mandato legislativo de fomentar el empleo, y no se estaría violando ni la norma constitucional de estabilidad ni la condición esencial establecida en la Ley habilitante.

Por esta vía, la Ley estaría integrando tanto la causa justa de despido recogida en el artículo 48° de la Constitución con las otras hipótesis de extinción del contrato de trabajo. Se ha seguido, en consecuencia, el esquema teórico que recoge el Convenio No. 158 de la OIT, que distingue entre las causas de terminación de la relación laboral imputables a la conducta o capacidad del trabajador y las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

En lo que se refiere al despido individual, además de sistematizarse las causas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, se regula de manera exhaustiva las causas de despido vinculadas a su conducta laboral.

Se ha recogido al efecto el catálogo de faltas graves contenido en la Ley No. 24514.

Empero, los cambios más significativos que introduce la Ley de Fomento del Empleo están referidos a la necesaria flexibilización del rígido sistema de estabilidad absoluta instaurado por la Ley No. 24514. En efecto, se **contempla la posibilidad de que el Juez, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso, tenga la opción con el criterio de conciencia de sustituir la obligación de la reposición por el pago de una indemnización**. Sin embargo, ello es potestad discrecional del Magistrado del Trabajo”.

DECRETO LEGISLATIVO No. 728

CONSIDERANDO:

(...)

“Que (...) la normatividad vigente aún mantiene un marco formal rígido e ineficiente, que representa un verdadero obstáculo para las mayorías nacionales que carecen de trabajo;

Que es necesario dictar medidas que potencien las posibilidades de encuentro entre la oferta y la demanda laboral, flexibilizando las modalidades y mecanismos de acceso al trabajo, en especial en el caso de jóvenes desempleados (...).”

El texto resaltado de la Exposición de Motivos (es nuestro), y responde a relevar los fundamentos importantes para nuestra investigación, y posteriormente contrastarla con la información obtenida en el campo.

La información obtenida, nos conduce a citar textualmente con el fin de aproximarnos a la realidad de los hechos y conocer cuáles son los fundamentos que abordaron los autores de la legislación laboral que propusieron para derogar la vigente de entonces.

Luis Aparicio Valdez¹, en un artículo contenido en la Revista Peruana de Derecho de la Empresa, “Nueva Legislación del Trabajo en el Perú”, considera que:

*“...Los años se encargarían de demostrar que los beneficios laborales cuando son exagerados y se ponen fuera de los niveles reconocidos en el mundo, tarde o temprano sufren recortes o son derogados o sustituidos, por otros más racionales. Y esto fue lo que aquí ocurrió. La legislación laboral debe tener, por lo tanto, una base de racionalidad y no edificarse en base a ilusiones. Y esto es tan cierto, como que el **derecho del trabajo poco protege cuando no marcha en armonía con la política económica**”. “... El régimen militar, por su parte, le dio nuevo impulso a la legislación del trabajo, con la estabilidad laboral y la comunidad laboral, con la finalidad -dentro de su criterio- de hacer avanzar la legislación laboral. (...) Estos antecedentes explican las determinaciones del actual gobierno (de A. Fujimori F.) que, dentro de su política neo-liberal, ha reformado buena parte de la legislación del trabajo”.*

“II. La Reciente Reforma Laboral. En base a la Ley autoritativa No. 25327, por la cual el Poder Ejecutivo delegó facultades legislativas en el Ejecutivo, éste ha dictado un elevado número de dispositivos que se puede afirmar con toda certeza, constituyen una variación sustancial del derecho laboral en el país...; los Ministros de Trabajo, Carlos Torres y Torres Lara, primero y, Alfonso de los Heros, después, han realizado, sin duda, un gran esfuerzo técnico al preparar todos estos dispositivos”. “El Decreto

¹ Asesor del Ministerio de Trabajo y Promoción Social durante la gestión de los Ministros de Trabajo y Promoción Social Dr. Carlos Torres y Torres Lara y Dr. Alfonso de los Heros Pérez-Albela y Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*Legislativo sobre Fomento del Empleo es, sin duda, el dispositivo laboral -entre los que se han expedido recientemente- que tiene el mayor contenido ideológico. **Su objetivo declarado es cambiar la normatividad vigente “que constituye un marco formal rígido e ineficiente”, flexibilizar “las modalidades y mecanismos de acceso al trabajo y mejorar la capacitación, a fin de contar con trabajadores calificados que puedan hacer frente a los cambios tecnológicos del mundo moderno. En lo básico, es una ley que organiza las diferentes propuestas que el gobierno ha ido desarrollando en materia de flexibilización de la contratación laboral, tanto de ingreso como de salida al puesto de trabajo”. “...En cuanto a los empresarios, demás está decir que encuentran positivo que la estabilidad laboral, no sea tan rígida y que en el caso que el trabajador reclame su reposición y tenga derecho a ella, no sea imperativa, quedando librada al juicio discrecional del Juez, quien puede alternativamente señalar el pago de una indemnización. Esta norma tiene una vinculación estrecha con el modelo económico de desarrollo que se quiere aplicar en nuestro país, pues trata de proteger al trabajador y de fortalecer también a la empresa para que pueda generar el mayor número de empleos”².***

El Decreto Legislativo No. 728, de noviembre de 1991, denominada Ley de Fomento del Empleo (LFE), precisa en la exposición de motivos que: “...Los más recientes desarrollos y evoluciones del pensamiento económico, coinciden en asignarle al mercado un rol fundamental en la asignación eficiente de recursos, y el mercado de trabajo no constituye una excepción a esta regla general. Dos son los mecanismos a través de los cuales se logrará ese objetivo, y uno de ellos es la flexibilización”.

² Aparicio Valdez, Luis, *Nueva Legislación del Trabajo en el Perú*, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Derecho Empresarial, Reforma Laboral de la Empresa*, No. 41, p. 13-26.

La LFE fue expedida por el Poder Ejecutivo al amparo de las facultades otorgadas por el Congreso mediante la Ley No. 25327 para “flexibilizar las modalidades de contratación laboral (...) respetando las normas constitucionales de estabilidad laboral”, de acuerdo con la Constitución de 1979 aún vigente, “quedando claramente identificados los dos grandes ejes a los debía ceñirse la reforma, “flexibilización” de un lado, y “estabilidad en el empleo”, del otro” (Sanguinetti,1993)³. Al respecto, David Campana, manifiesta que: el “... **punto culminante de este primer momento de reformas flexibilizadoras a inicios de los 90s, fue la aprobación de la nueva Constitución de 1993, que consolidó las reformas operadas a nivel legal** reformando cuantitativa y cualitativamente el contenido de los derechos laborales constitucionales, modificando la norma de reconocimiento constitucional del derecho de estabilidad de la Constitución de 1979, por una fórmula que se limita al otorgamiento de “adecuada protección” legal frente al despido arbitrario ..., lo que ha sido interpretado casi de manera unánime como la reducción de la garantía de la estabilidad de salida, y su remisión a la ley para la determinación concreta del sistema de protección con la sola especificación de que esta sea adecuada. Resta señalar que la LFE fue objeto de modificaciones sucesivas en los años 1995 (Ley 26513) y 1996 (D. Leg. 855), profundizando sus rasgos flexibilizadores⁴”.

Ricardo Marcenaro Frers, Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente Democrático para la formulación de la Constitución de 1993, expuso las razones para modificar el articulado de la Constitución en materia de trabajo, manifestando que: “(...) **Se pretende así evitar las rigideces del pasado que impedían el normal desarrollo del derecho laboral y se busca no sólo proteger al trabajador sino también convertir a esta**

³Sanguinetti Raymond, *Los Contratos de trabajo sujetos a modalidad en la Ley de fomento del empleo*, En: *Asesoría Laboral* No. 26, 28, 34, Lima, 1993.

⁴ Campana, David, Frelle, Herbert, *La Reforma normativa de la contratación laboral, durante los noventa: ¿Flexibilidad o precarización?*, *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina de Área y Equipo técnico multidisciplinario para los Países Andinos, Lima, 2000, p. 57.

rama del derecho en promotora de empleo y desarrollo económico. Es decir, se debe redactar una Constitución que reconozca los derechos laborales fundamentales pero que también permita se legisle a favor de la flexibilización del derecho laboral.“(…) Existe ahora plena conciencia que **el trabajo está íntimamente vinculado a la economía** de un país y que, por lo tanto, está mucho más protegido un trabajador en una sociedad que crece y se desarrolla que si se aferra exclusivamente a un “garantismo” legal o convencional. Ante estos vertiginosos cambios triunfa el pragmatismo y la flexibilidad en oposición a las doctrinas o ideologías rígidas. La Flexibilidad es la disposición del ánimo de las personas para ceder y adaptarse eficientemente a nuevas situaciones. El pleno empleo, la auténtica estabilidad y las mejoras laborales sólo se consiguen en países con economías sólidas, mercados en crecimiento sostenido y no con simples disposiciones legales de regulación proteccionista del contrato de trabajo. Se ha demostrado que las rigideces legales o convencionales impiden que los mercados comerciales y laborales se desarrollen sanamente y que, por lo tanto, mejores los niveles de empleo y las condiciones de trabajo (...). (...) Son medidas que no están dirigidas contra los trabajadores sino, por el contrario, a favor de ellos y también de esa gran mayoría de seres humanos que en nuestros países están marginados del ámbito protector del trabajo. (...) El derecho del trabajo viene cambiando a pasos agigantados dejando cada vez más **de ser un derecho exclusivamente protector para convertirse en un derecho promotor de empleo y propiciador del desarrollo económico**”⁵.

Lo afirmado por el ex constituyente, Ricardo Marcenaro, reiterando su posición, puede verificarse en el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, Congreso Constituyente Democrático, al Proyecto de reforma constitucional del Capítulo V del Trabajo, del Título I de la Constitución, aprobado el 17 de marzo de 1993: (...) “El Proyecto propuesto busca fijar un marco más flexible o moderno para encauzar las relaciones de trabajo en nuestro país. Así mismo, se ha utilizado una redacción más clara y precisa que sintetice la verdadera

⁵ *El Trabajo en la Nueva Constitución, Cultural Cuzco, Lima, 1995, p. 25-29.*

naturaleza de los derechos laborales fundamentales, evitando la tendencia reglamentarista que prevalece en la Constitución vigente. Finalmente se ha buscado que el marco constitucional propuesto sea lo suficientemente flexible y dinámico, para que permita su adecuación a los cambios que se operan en el mundo del trabajo moderno, dotando al texto normativo constitucional de permanencia y perdurabilidad en el tiempo⁶.

(...) “El Proyecto de reforma plantea la elevación a jerarquía de norma constitucional a los derechos individuales siguientes: (...) e. Finalmente el artículo séptimo regula el derecho del trabajador a ser protegido contra el despido arbitrario o sin justa causa. El artículo propuesto procura a través de una adecuada técnica legislativa fijar el contenido esencial del derecho a la estabilidad en el trabajo. *En tal sentido, corresponderá al ordenamiento legal determinar las consecuencias jurídicas que acarrea para el empleador el despido injustificado de un trabajador, tales como el pago de una indemnización compensatoria, como está establecido en las Constituciones de Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá y Paraguay o desarrollar alternativas*”⁷.

Del análisis de la información citada, podemos apreciar que los móviles que originaron la derogación de la legislación laboral vigente a noviembre de 1991, partiendo desde el nivel legal al constitucional, fueron fundamentos de orden económico y de política internacional, algunos exagerados al extremo de echarle la culpa al derecho laboral de no generar empleo, por ser muy proteccionista y rígido.

⁶ *Ob. Cit.*, p. 303.

⁷ *Ibidem*, p. 305-306.

Sección 3. Fundamentos de los empleadores, trabajadores, la OIT

3.1 Los empleadores

La bibliografía consultada, nos informa que los empleadores del país, tienen los mismos fundamentos para solicitar la modificación de la legislación laboral: i) que estuvo vigente hasta 1990; ii) la que está vigente a partir de 1991 con los rasgos de flexibilidad descritos, a pesar de tener los empleadores a su favor la legislación laboral que el Gobierno de Fujimori promulgó, le resulta insuficiente y la siguen acusando de rígida, que causa sobre costos laborales y no promueve el empleo y las inversiones. Citamos a continuación los argumentos de los empleadores:

(...) “⁸Una de las principales tareas de los hacedores de política económica es promover un entorno que permita el buen desempeño de los negocios y la iniciativa privada a través de la búsqueda de nuevas oportunidades para individuos y empresas en mercados cada vez más exigentes y competitivos.

(...) Existe bastante consenso respecto de ciertas condiciones vitales para atraer inversión privada: estabilidad macroeconómica, jurídica y política, tamaño de mercado, infraestructura adecuada, disponibilidad de factores (mano de obra calificada y flexibilidad laboral, recursos financieros y naturales), entre otras.

1. **Propuesta para reducir los costos de producción.**

... Costos originados por deficiencias del sistema y de la legislación laboral.

Mejorar el marco laboral peruano para incrementar la productividad de los trabajadores, y flexibilizar el sistema, a fin de reducir los costos laborales y fomentar la contratación formal de trabajadores.

⁸ CONFIEP, INSTITUTO APOYO, CIPE, agenda pendiente de reformas en el Perú, p.3-5.

1.2. **Mercado Laboral. Diagnostico.**

La característica central del mercado laboral peruano es la precariedad de la mayoría de las relaciones laborales. En el Perú el 82% de los trabajadores no tiene un contrato formal, no cuenta con ningún beneficio social clave o cambia de trabajo al menos una vez al año (40% de los dependientes). Esta situación se explica: ...i) el bajo y heterogéneo nivel de productividad de los puestos de trabajo, ii) los elevados costos laborales formales que la regulación establece, que no pueden ser financiados por la productividad de la mayoría de los puestos de trabajo, y iii) por la escasa capacidad del Estado para fiscalizar y garantizar el cumplimiento de la regulación. (...)

1.3. **Los costos laborales que encarecen el empleo formal en el Perú** respecto de otros países son tres: a) las vacaciones, b) las gratificaciones (Jaramillo, 2004) y c) **los costos de despido** (BM, 2007). Coincidentemente, (...) son los menos valorados por la población. Por ello, **estos debieran ser reducidos para generar nuevo empleo formal.**

Costos de despido.

De acuerdo con el informe Doing Business del Banco Mundial (2007), el factor que más afecta el entorno para hacer negocios en el Perú es **la rigidez que la legislación genera sobre la contratación y despido de trabajadores.** El Perú se sitúa entre los países con mayor rigidez laboral en el mundo, ocupando el puesto 158 de 175 países en este aspecto. (...) Se observa que *lo que hace más rígido al sistema peruano es la inflexibilidad en las horas de trabajo y, principalmente, la dificultad para despedir*”(pág. 12).

Propuestas para discusión.

°...Reducir el costo esperado de despido, permitir el despido individual por causas económicas..., reducir el costo del procedimiento para despedir con causa justificada, haciéndolo más rápido, automático y predecible; garantizar la permanencia de la estabilidad laboral relativa, ante la cual, ***a un despido injustificado corresponde una indemnización al trabajador, mas no la reposición en el puesto de trabajo***”(pág. 14).

La CONFIEP, en la Agenda Pendiente de reformas, considera:

*“Reformar mecanismos de protección frente al desempleo y normatividad sobre despido”. - “Revisar alternativas constitucionales que permitan el despido frente a situaciones que afectan la competitividad de las empresas y ponen en riesgo mayores niveles de empleo, debido a los fallos del Tribunal Constitucional”*⁹.

En resumen, el mensaje de los empleadores hacia el Estado y trabajadores, es que necesitan una legislación laboral muy flexible que les permita competir en el mercado, no obstante ya haber sido flexibilizada desde 1991. En resumen, deben tener mayor libertad para despedir al trabajador pagando una indemnización.

3.2 Los trabajadores

En palabras de su representante Juan José Gorriti, (...) “La flexibilidad de las normas laborales que solicitaron los inversionistas extranjeros ha sido, en realidad, una desregulación de los derechos del trabajador, pues se elimina el carácter protector de las normas y se atenta contra los derechos establecidos en la propia Constitución y convenios internacionales. De esta forma, una ley

⁹ Instituto Apoyo, *Semana Económica, El Comercio, CIPE, Agenda Pendiente de reformas*, p. 7, www.confiep.org.

como el Decreto Legislativo No. 728 otorga al empleador la facultad de subcontratar hasta un 40% vía cooperativas y hasta un 50% vía formación laboral juvenil fomentando que empresas como Telefónica (que dice que ha generado siete mil puestos de empleo) sólo alternen permanentemente a sus trabajadores. (...)

De otro lado, la Constitución señala que el Estado dará al trabajador una adecuada protección contra el despido arbitrario, y la ley actual interpreta que eso significa entregarle al trabajador un sueldo y medio por año al momento del despido, con el tope de doce sueldos. (...) Ante esto, la CGTP está intentando instaurar el modelo europeo de afiliación sindical, que consiste en la afiliación directa del trabajador a una central; luego, si éste es despedido, el sindicato perderá una aportación pero no al militante que seguirá reclamando sus derechos. Así también, este sistema obliga a la central a canalizar sus esfuerzos de obtener nuevas oportunidades para el afiliado que está desempleado. No olvidemos que el trabajo no es una mercancía que se pueda comprar o vender. El empresario no se da cuenta que al adquirir esa mano de obra, lo que hace es perjudicar la calidad de su propio producto, porque nadie que ingrese en esas condiciones a una trabajo contribuirá con el desarrollo de la empresa”¹⁰.

3.3 Posición de los expertos y la OIT

La fotografía de la realidad desdice los fundamentos del Estado, y la demanda de los empleadores; pues la apreciación imparcial de especialistas o expertos en temas laborales difiere al evaluar la aplicación de la desregulación de las normas laborales. Estas apreciaciones están contenidas en entrevistas e informes, que continuación citamos expresamente para no desnaturalizar su contenido.

¹⁰ Instituto de Defensa Legal, *Fuentes de Trabajo y Calidad de Empleo*, p. 6-7, www.idl.org.pe/idlrev/revistas/110/pag47.htm.

Oscar Ermida¹¹, entrevistado por el Consorcio Justicia Viva y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a la pregunta: ¿Además de lo dicho, cuál es su apreciación respecto a la agenda laboral latinoamericana, comenzando este nuevo siglo?, manifestó: *“Sobre la agenda laboral latinoamericana yo diría que varios temas. Algunos que uno puede decir que ya son crónicos en América Latina, como la preocupación por el empleo, corrijó, desempleo, o el sub-empleo; la informalidad; etc. Esa es una problemática que emergió hace ya varias décadas en América Latina y que el día de hoy no ha tenido resolución en la agenda laboral. Lo que algún autor llama, yo creo que con corrección, la penuria del empleo, no ha tenido solución y no se vislumbra soluciones claras (...). Otro de los temas de la agenda, que tampoco es del todo nuevo, pero sí mucho más reciente que el desempleo es el de la flexibilidad o desregulación de los derechos laborales de la legislación del trabajo. Desde fines de la década del setenta, pero **sobre todo en las décadas del ochenta y noventa, en el mundo, pero con particular dureza en América Latina, hubo una fortísima demanda de desregulación y de flexibilidad de los derechos laborales. Se trata de eliminar o disminuir los derechos reconocidos a los trabajadores, generando una transferencia de recursos de los trabajadores al sector empleador, esto es, concentrando la renta aún más de lo que ya estaba concentrada en América Latina, bien simplemente con esa finalidad, o bien acompañándola en segunda instancia de un argumento según el cual esa concentración del ingreso en el sector empleador permitiría un aumento de la inversión, generando así más puestos de trabajo y terminando con el desempleo. Lo cierto es que, luego de muchas experiencias a las cuales el Perú no ha sido ajeno, (...) en los cuales se ha materializado la desregulación de derechos laborales más dura y más unilateralmente impuesta por el Estado sin negociación con los trabajadores, fueron la experiencia de Pinochet en Chile a partir de los años 1978 y 1979 y la experiencia peruana a partir de los años 1990/1991, con los***

¹¹ Estudiante del sistema de relaciones laborales latinoamericano, Consejero Regional en Derecho de Trabajo de la OIT (Oficina Lima), Cinterfor, docente universitario Universidad Católica del Perú.

*decretos legislativos que sustituyeron la legislación de entonces vigente y que con retoques y con cambios rigen aún hoy*¹².

La evaluación de esta política, contenida en una publicación especializada de la OIT, sobre las reformas laborales en América Latina, precisa que: *“En el Perú, el uso de CDD (contratos de duración determinada) también es creciente y mayor que en los casos anteriores. En 1989, el 20.4% de los asalariados en Lima Metropolitana eran trabajadores con contrato no estable y el 30.5% no tenía contrato. En 1993, tras la reforma, estos porcentajes se habían elevado al 24.5% y 31.5%, respectivamente, y en 1997, al 32.5% y 41.2%. Es decir, en este último año, el 74% del total de asalariados, o no tenía contrato o tenía un CDD frente al 51% que se encontraba en una de estas dos situaciones antes de la reforma*¹³.

Como puede apreciarse, no ha cambiado el panorama del empleo en el Perú, por el contrario se ha generado empleo precario; la explicación es (...) “El resultado de los cambios en las formas de organización de la producción ha sido la expansión del desempleo, el deterioro de la calidad de trabajo, la profundización en la desigual distribución de los ingresos y, consecuentemente, el empeoramiento de los niveles o condiciones de vida de la población”¹⁴.

¹² Ermida Uriarte, Oscar, *Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI*, Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal, Pontificia Universidad Católica, Asociación de Jueces por la Justicia y la Democracia, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, p. 13.

¹³ OIT, *Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Reforma Laboral en América Latina, Un Análisis Comparado*, María Luz Vega Ruíz, Editora, Lima, 2001, p. 29.

¹⁴ Castillo Fernández, Didimo, *Los nuevos trabajadores precarios*, Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa, Librero Editor, México DF, 2009, p. 43.

Sección 4. La flexibilidad

Porqué recurrir a la flexibilidad, para modificar o derogar la legislación laboral sobre despido (estabilidad de salida), constituye la interrogante y a continuación se enuncia la respuesta que hemos recogido de la bibliografía consultada.

La bibliografía que hemos podido revisar sobre flexibilidad, es variada y múltiple; la información contenida y que nos permite comprender porque era necesario modificar o derogar la legislación se encuentra en la siguiente cita:

“2. La necesidad de gestionar la flexibilidad empresarial. Como indica el profesor Barrutia, toda crisis estructural y prolongada exige necesariamente una actitud y un proceso de cambio socioeconómico generalizado. El cambio, para que resulte posible y eficiente, ha de basarse necesariamente en la supresión de los comportamientos socioeconómicos rígidos, obteniendo estructuras productivas y distributivas lo más adaptables posible a cada situación concreta. Por tanto, la flexibilidad pasa de ser la capacidad de los gestores/empresarios de dominar un conjunto limitado de problemas concretos de ajuste a convertirse en un valor en sí misma, una propiedad inherente a las organizaciones económicas que se mueven en un entorno que, gradualmente, exige mayor capacidad de adaptación¹⁵.

“La flexibilidad que se deriva de la capacidad de adaptación empresarial abarca tres aspectos técnicamente diferenciables, pero sumamente interrelacionados, como son: la flexibilidad económica, la flexibilidad productiva y la flexibilidad social o laboral.

¹⁵AlbizuEneka, *Flexibilidad laboral y gestión de los recursos humanos*, Ariel Sociedad Económica, 1ra. Edición, Barcelona, 1997, p. 10-21.

2.1. Flexibilidad económica.

Una organización empresarial adquiere su máxima expresión cuando consigue satisfacer una necesidad existente en la sociedad a través del producto/servicio que ofrece, obteniendo un beneficio continuado que le permita la supervivencia. El logro de esta máxima está relacionado con la capacidad de adaptación de la empresa a sus mercados fluctuantes. Esta adaptación la consigue gracias a la flexibilidad económica. Materializada en la aplicación de las directrices derivadas de la dirección estratégica. (...)

2.2. Flexibilidad productiva.

La producción flexible cobra especial importancia en las actuales condiciones de contingencia que rodean a la economía. Cuanto mayor sea el nivel de incertidumbre en la economía, menos previsible será la demanda, con lo cual la estructura de la empresa –en general- y la productiva –en particular- ha de ser sumamente flexibles.

Por producción flexible se entiende la capacidad de cambio o adaptación en la producción sin incurrir en costes elevados – tiempo, calidad, esfuerzo, o rendimiento-, por tanto, la producción es flexible si ante determinados cambios en la estructura de la demanda resulta relativamente sencillo para la empresa producir la cantidad deseada de diferentes outputs...”.

2.3. Flexibilidad laboral.

Hemos visto que uno de los elementos fundamentales para la obtención de la competitividad por parte de las empresas radica – en las condiciones actuales- en la mejora de sus niveles de flexibilidad laboral. La flexibilidad laboral, no obstante, inmersa en el complejo contexto socioeconómico en el que nos movemos (...). (...)Hoy por hoy, las rigideces jurídico institucionales inherentes al sistema de relaciones laborales, así como las técnico organizativas generadas en el proceso productivo, dificultan claramente las medidas de ajuste en las empresas ante la situación de incertidumbre y las fluctuaciones de mercado en el contexto de crisis económica.

Desde el punto de vista sindical, la flexibilidad empresarial, ... es una manera de reducir o suprimir derechos y conquistas sociales, así como las obligaciones legales... desde esta perspectiva, la flexibilidad laboral se identifica con la no regulación laboral, debido a que no hay aspectos que se pretendan flexibilizar y no estén regulados legalmente.

Desde el punto de vista patronal, la flexibilidad está habitualmente ligada con la necesidad percibida de eliminar todos los obstáculos legales al empleo de mano de obra mediante la extensión o recuperación de las prerrogativas de dirección de la empresa (...).

No podemos olvidar que, (...) existe una número importante y creciente de trabajadores que abogan por la flexibilidad del mercado de trabajo como método de creación de empleo o modificación de las condiciones de trabajo que actualmente ofrece (...).

Desde una óptica de gestión empresarial, sería el modo de adecuar eficientemente los recursos humanos disponibles, y la organización del trabajo, a las variaciones de la demanda de productos y servicios –en cantidad y calidad-, así como a la diversificación de productos. En este marco, la flexibilidad laboral habrá de considerar simultáneamente aspectos como la flexibilidad numérica (...). La flexibilidad numérica es el tipo de flexibilidad laboral más socorrido, y consiste en el ajuste continuado, al mínimo coste, del número de empleados –u horas de trabajo contratadas- que permitan a la empresa hacer frente rápidamente a las fluctuaciones que se producen en el nivel de producto/servicio demandado. El resultado óptimo de la flexibilidad numérica estaría definido por la correspondencia entre el número de trabajadores disponibles y el número de trabajadores precisados en el cualquier momento.¹⁶

Consiguientemente, la necesidad de modificar o derogar la legislación laboral, representa y tiene una justificación y significado de orden económico, para la gestión empresarial, que el Estado hace suyo el planteamiento, con rasgos de tomar en cuenta la demanda de los ciudadanos que no tienen un trabajo y necesitan laborar. Pero lo más resaltante, es la exigencia que se necesita de una legislación laboral que les permita contratar y despedir trabajadores de

¹⁶ Ob. Cit., pàg. 10-21.

acuerdo a las necesidades de producir más o poco, de acuerdo a la demanda del mercado. El trabajo humano, nuevamente es una mercancía, a pesar que en la Constitución de la OIT los Estados, los empleadores y trabajadores, declararon que “el trabajo no es una mercancía”¹⁷.

4.1 La flexibilidad en el Perú

El análisis, de la flexibilidad implementada en nuestro país, ha sido motivo de la publicación de informes especializados; dicha información la tomamos para el propósito de analizar que en el Perú la modificación, derogación de la legislación laboral y en especial la que corresponde al despido, responde a la demanda de flexibilización.

Para Emilio Morgado, citado por Emilio Suárez Galdos¹⁸, la flexibilidad tiene una lógica: (...) “El derecho de trabajo debe cumplir principalmente un papel de promoción de empleo aunque ello signifique la disminución o debilitamiento de sus objetivos de protección del trabajador y del trabajo”¹⁹ Agrega Suárez, (...) “Concretando diremos que la flexibilidad apunta a:

- 1. La regulación de la legislación laboral por ser muy rígida.**
- 2. La eliminación de las cargas laborales, por gravosas.**
- 3. Que el derecho laboral no limite la libertad de contratación.**
- 4. Se cuestiona el papel tuitivo del Estado.**

¹⁷ (...) “Existe un sentimiento creciente de devaluación de la dignidad del trabajo; el pensamiento económico imperante lo considera como un mero factor de la producción -una mercancía- olvidándose del significado individual, familiar, comunitario y nacional del trabajo del ser humano. Y la gente esta reaccionando en su conversaciones en casa, en el secreto de la cabina de votación y, cuando es necesario, expresando con vigor sus quejas en las calles” (...), Memoria del Director General, Cambios en el Mundo del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 95 reunión 2006, Ginebra, p. V.

¹⁸ Suárez Galdos, Emilio, *La Flexibilidad y los principios generales del derecho del trabajo*, en: *La Flexibilidad y el Derecho Laboral*, Nezer Impresores, Arequipa, 1994, p. 50.

¹⁹ Ob. Cit. p. 51.

5. Adaptación a la nueva tecnología.

6. Controlar el crecimiento del fenómeno atípico.

7. Que las normas de trabajo dejen de ser protectoras y se conviertan en reguladoras y en herramientas de desarrollo”.

David Campana, considera que la (...) *“Flexibilidad del mercado de trabajo, al margen de los intensos debates ... es la denominación más extendida de los diferentes procesos de reforma de la legislación laboral que se han producido en las dos últimas décadas tanto en nuestro país como en otras regiones del mundo, en formas y grados variables, como respuesta a la supuesta o real rigidez o ausencia de capacidad de adaptación de la normativa laboral para hacer frente a la crisis económica...”*.(...) **“El derecho del trabajo, en un largo proceso de construcción histórica, edificó un sistema normativo garantista que tuvo como una de sus columnas fundamentales a la estabilidad laboral, principio entendido, en una concepción amplia, como un sistema de causalidad objetiva tanto para la contratación (estabilidad de entrada) como para el despido (estabilidad de salida) de los trabajadores, dando lugar a una relación de carácter indeterminado por el cual el derecho del trabajo en su conjunto mostraba su preferencia. De esta forma, limitando la autonomía de voluntad de las partes pero principalmente la del empresario, el sistema admitía la posibilidad de contratar temporalmente a un trabajador o **dar por terminada la relación laboral, solamente si se contaba con una causa objetiva que lo justificara:** la naturaleza temporal o accidental de las labores, en el primer caso, y la existencia de causa justificadas, en el segundo”.**

II.4. Una investigación, de la OIT (1999), muestra los efectos de la flexibilización en la realidad del Perú, Argentina, Chile y Colombia:

“Flexibilización en el margen: La reforma del contrato de Trabajo”, de V.E. Tokman, D. Martínez:²⁰

(...) “Si bien estas reformas han abarcado muy diferentes campos de la normativa, las más importantes se ha orientado, por una parte, a facilitar la contratación y subcontratación de trabajadores por tiempo determinado... y, por otra, a ampliar las causales de despido y a reducir los montos de indemnizaciones por tal concepto” (...).

“Capítulo I. Efectos de las reformas laborales: entre el empleo y la desprotección”.

(...) G. Conclusiones tentativas.

(...) “La mayor precarización de la fuerza de trabajo asalariada se presenta en todas las ramas de actividad y en todos los países, si bien ha sido relativamente más pronunciada en el comercio y en los servicios personales... En cuanto a la distribución del total de asalariados temporales se observa que la mayor concentración se da en el sector servicios y, en menor medida, en la industria”.

(...) “La información disponible en los cuatro países considerados muestra ...que la proporción de asalariados privados urbanos que trabajan sin contrato ha aumentado...”. (...) “El aumento de los trabajadores sin contrato puede obedecer a la lectura que efectúan los empresarios de la señal que constituye la reforma de la legislación laboral al introducir un mayor número de contrato atípicos. Ello porque en la fundamentación de la reforma se “oficializa” el cuestionamiento al contrato por tiempo indeterminado y se reconoce la necesidad de la empresa de recurrir a formas de contratación más flexibles y de menor costo” (...).

²⁰ OIT, *Flexibilización en el margen: La reforma del contrato de trabajo*, Editores V. E. Tokman, D. Martínez, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 1999, p. VII-VIII, 21, 33, 36, 190-193

“Capítulo V. Reforma Laboral, Empleo y Salarios en el Perú. Jorge Bernedo Alvarado”.

D. Conclusiones:

(...) “A partir del 1991 se produce la más drástica reforma laboral de los últimos tiempos en el Perú; reforma tendiente, en lo fundamental, a facilitar la contratación temporal de trabajadores, a eliminar los topes del porcentaje de trabajadores en período de prueba, a ampliar las causales de despido justificado y a imponer topes indemnizatorios por concepto de despido. El resultado de esta reforma fue el aumento de los trabajadores con contrato temporal...”; (...) “ las cifras sobre evolución de la ocupación en el sector formal, o los datos sobre empleo generado por las nuevas inversiones, no apuntalan, al menos, estas afirmaciones.

(...) “En lugar de una contracción global del empleo en las empresas, el fenómeno que se observa es el de la “eventualización” del trabajo asalariado, a niveles sumamente elevados anteriormente desconocidos...”.

(...) “Una reforma inconclusa, independientemente de sus buenas intenciones, es la que se aprecia en la legislación sobre el mercado laboral, con más efectos sociales negativos que los deseables, en tanto que sus efectos favorables se hallan frustrados por la escena económica...”.

Este estudio nos informa que los efectos de la flexibilización, en América Latina, especialmente en Argentina, Chile, Colombia y Perú, **no han originado los efectos esperados: mayor empleo, por el contrario los resultados dan cuenta de precarización del empleo, bajas remuneraciones, empleo informal- eventual, y desprotección del trabajador** (subrayado nuestro).

¿En tal contexto cómo queda el modelo flexibilizador latinoamericano?, a esta interrogante el citado maestro Oscar Ermida, respondió:

“Quien mire las cosa con rigor científico y desapasionamiento ideológico, debe llegar a la conclusión inevitable, me parece, que ya hoy en día está demostrado que ese modelo fracasó. Fracasó si es que su finalidad era generar empleo. Si simplemente era concentrar la renta, esto es, trasladar recursos del sector trabajador al sector empleador, entonces si fue exitoso. Pero si su objetivo era hacer eso para mejorar la situación de los trabajadores en su conjunto, en ese sentido ha sido una gran fracaso, porque si uno analiza la curva del empleo-desempleo de cada uno de los países donde hubo estas experiencias y analiza la fecha o las fechas en que se produjeron las desregulaciones laborales más fuertes, va a encontrar que el efecto no fue el querido, es decir, que a esa regulación laboral no siguió un período sostenido del aumento del empleo.”²¹

(...) Lo cierto es que hoy ya creo que está demostrado claramente desde el punto de vista científico que la flexibilización y la desregulación laboral no ha aumentado la inversión, no ha aumentado el empleo y ha sido costo inútil que se ha impuesto a los trabajadores. Creo que sostener lo contrario ya sería simplemente una especie de radicalismo ideológico sin posibilidad alguna de demostración en la realidad”²².

Como se puede apreciar de la bibliografía consultada, la flexibilidad en el Perú se funda en una política de Estado, implementada – a través del Poder Ejecutivo-, unilateralmente – como desregulación-, con la promulgación de normas laborales –instituciones- que han modificado las vigentes a partir del año 1991, centrándose en la flexibilidad del empleo, incentivando la contratación temporal y la facilidad del despido del trabajador sin causa. Esta desregulación lleva consigo eliminar la protección del sistema existente.

Sección 5. El Consenso de Washington

²¹Ermida Uriarte, Oscar, *Ob. Cit*, p. 15-16.

²²*Ibidem*, p. 16.

También se ha evidenciado, según la información bibliográfica recogida, en la oportunidad que el Perú puso en marcha la flexibilización de las instituciones laborales (con la LFE 1991), existe una coincidencia con la aplicación de los Acuerdos del Consenso de Washington (1990).

En 1990, “el economista John Williamson, investigador del Instituto Internacional de Washington trazó diez recomendaciones de reforma económica conocidos como “Consenso de Washington”. Estas reformas –que gozaban del respaldo del Departamento de Tesoro, las organizaciones multilaterales y de la academia- fueron concedidas para revertir el retroceso económico que América Latina había sufrido durante la década del 80 –estuvo caracterizada por una crisis de endeudamiento, inflación, estancamiento económico y altas tasas de desempleo-..., sus bases eran el logro de una política macroeconómica sana (baja inflación, contención del déficit fiscal y cuentas externas equilibradas), economías abiertas con desregulación comercial y financiera y privatización y desregulación de la economía con una promoción del rol del mercado a la vez de reducción del estado. Estas reglas fueron impuestas a través de condicionamientos para el otorgamiento de préstamos por parte de los organismos y los programas de ajuste estructural. Dentro de los cambios impuestos por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial”²³.

(...) “Las 10 Medidas propuestas son:

- 1. Equilibrio fiscal y ahorro elevado.**
- 2. Reforma Impositiva.**
- 3. Tipos de cambio competitivos.**
- 4. Prioridades en el gasto público.**
- 5. Liberalización comercial.**

²³Lechini, Gladys y otros, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLASCO), Buenos Aires, 2008.

6. y 7. Privatización y desregulación –desregulación del mercado de trabajo, desregulación de los mercados de capitales-.

8. Supervisión bancaria.

9. Derechos de propiedad.

10. Inversión extranjera directa.

Después, de la aplicación de las medidas propuestas por el Consenso de Washington, los efectos fueron resaltados y descritos por estudios como: “La globalización y el Consenso de Washington sus influencias sobre la democracia y el desarrollo”²⁴, los que citamos a continuación:

(...) “El neoliberalismo fue desplegado para aumentar la acumulación capitalista, pero más específicamente para controlar a los trabajadores y sus organizaciones. Desregulación, flexibilización y privatización fueron las tres palabras milagros del vocabulario neoliberal. (...) La tarea le fue asignada a presidente como Collor (Brasil), Menen (Argentina) y el dictador Pinochet (Chile). Los tres fracasaron... y dejaron sus países en ruinas”²⁵.

(...) “Una de las consecuencias más importantes de las políticas del Consenso de Washington ha sido el debilitamiento del Estado, una institución que fue severamente demonizada y atacada, siendo múltiples los esfuerzos realizados para deslegitimarla como actor en el proceso de desarrollo”²⁶.

(...) “El resultado ha sido la creciente desigualdad en la distribución del ingreso, el desempleo y una disminución del consumo, llegando a picos sin precedentes en la historia de América Latina”²⁷.

²⁴ Ob. Cit..

²⁵ Ob. Cit., Marco A. Gandásegui, En: Los Procesos globales y sus efectos sobre América Latina, p. 40

²⁶ Ob. Cit, GlasysLechini, Introducción, p. 11, 13.

²⁷Ob, Cit., p. 13

Otra investigación, nos informa que: (...) “Algunas políticas internas de liberalización y desregulación de mercados... fueron formuladas, diseñadas y aplicadas en el contexto de programas de estabilización, ajuste o reformas estructurales de corte liberalizante, con miras a la búsqueda de mayor eficiencia, flexibilidad, competitividad externa y capacidad productiva de las economías nacionales. (...) El conjunto de políticas asociado con tales programas es bien conocido y responde al nombre de Consenso de Washington”²⁸.

Sección 6. La globalización

Para los efectos de la presente investigación, el fenómeno de la globalización citado frecuentemente por el legislador; además de estar ligado estrechamente a la flexibilización de la legislación laboral, no podemos dejar de tratarla y citar los efectos que persigue.

La globalización es un fenómeno económico, cultural, tecnológico y comunicacional, que podría pensarse como inherente al capitalismo, como una constante, pero que tiene su base efectiva en las transformaciones económicas y en las comunicaciones, cada vez más instantáneas y generalizadas, impulsadas a partir de la Segunda Guerra Mundial ...la globalización es un fenómeno inevitable, irreversible y en pleno auge²⁹.

No podemos, dejar de mencionar por razones de la especialidad, la descripción que realiza el Director General de la Organización Internacional del Trabajo sobre el fenómeno de la globalización: es (...) “La liberalización del comercio y de los flujos de capitales, unida a las enormes mejoras en el ámbito de las comunicaciones y el transporte, significa que un número creciente de

²⁸ Lerda, Juan Carlos, *Globalización y pérdida de autonomía de las autoridades fiscales, bancarias y monetarias*, en *Economía Latinoamericana La globalización de los desajustes*, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS-Ecuador), Editorial Nueva Sociedad, Venezuela, 1996, p. 121-122.

²⁹ Castillo F., Dídimo, *Ob. Cit.*, p. 33.

trabajadores y de empleadores compite cada vez más en un mercado global para vender el producto de su trabajo. (...) Las reglas actuales por las que se rige la globalización, que son la aplicación de la lógica de la liberalización creciente en todas las esferas de las políticas económicas y sociales, nos impulsa hacia a un mercado laboral global, aun cuando éste siga estando muy fragmentado³⁰.

(...) “103. Las estructuras del empleo están cambiando, al igual que las condiciones de trabajo” (...).

*“105. La presión para lograr una mayor flexibilidad se centra tanto en facilitar la contratación y el despido como los horarios de trabajo, ya que muchos empleadores tratan de buscar formas de prolongar el tiempo en el que el capital se puede utilizar plenamente. Para ello se puede recurrir al trabajo por turnos (...) los trabajadores con contratos temporales tienen más posibilidades de trabajar en horarios poco convencionales” (...)*³¹.

“164. La combinación de una mayor competencia internacional y de las posibilidades que ofrece la tecnología a la hora de reestructurar las empresas, incluso a través de una mayor externalización, ha dado lugar a una mayor incertidumbre respecto de la seguridad del empleo en muchos países (resaltado nuestro). Al confirmar menos las empresas en su situación respecto al mercado, y verse sometidas a presiones para mantenerse a la altura de sus competidores más innovadores, numerosos empleadores han tratado de encontrar mecanismos para incrementar la flexibilidad de las disposiciones laborales, a través tanto de la reorganización interna (flexibilidad funcional) como de una normativa menos rígida en materia de contratación y despido (flexibilidad numérica). Los sistemas de gobernanza del mercado de trabajo condicionan la respuesta de los empleadores a este tipo de presiones”³². (...)

³⁰ OIT, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 95 reunión 2006, p vii.

³¹ Ob. Cit., p 41.

³² OIT, Memoria del Director General, Cambios en el Mundo del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 95 reunión 2006, Ginebra, p. 61.

“171. Las presiones para cambiar la manera de organizar y remunerar el trabajo están ocasionando un debate respecto de la cobertura y el contenido de la legislación y la normativa laborales y de los convenios colectivos. Por una parte, la incertidumbre creciente dar lugar a demandas de mayor protección, especialmente, por parte de los trabajadores y de los sindicatos. Por otra parte, las consecuencias del aumento de la competencia en el plano global se interpretan, especialmente por parte de las empresas, como un necesidad de un ritmo de adaptación más rápido y menos limitado por la legislación o los convenios colectivos. Como resultado de ello, la legislación laboral se encuentra actualmente en una situación de ajuste más o menos constante. (...) Varios países han introducido mayor flexibilidad en ciertas disposiciones, a fin de reducir el costo de contratación y despido para los empleadores, y/o han introducido nuevas disposiciones laborales”³³.

“178. (...) Se trata más bien de una adaptación a las presiones democráticas ejercidas, para la mejora de los derechos y de una respuesta a la demanda de mayor flexibilidad expresada por las fuerzas económicas y tecnológicas”³⁴.

Consecuentemente, del análisis de la información, podemos afirmar que la globalización, como fenómeno económico, es una de las causas de haber provocado la flexibilidad de las normas laborales. Es un proceso irresistible, como se ha descrito en las citas bibliográficas, para el Estado, empresarios y trabajadores. El resultado es la menor protección para el trabajador, y la modificación de la legislación protectora para que permita la empresa adecuarse a las necesidades del mercado.

³³ Ob. Cit., p 63.

³⁴ Ob. Cit., p. 64.

Sección 7. Costos laborales

Como hemos podido apreciar, en el desarrollo del presente Capítulo, uno de los fundamentos principales de la política de fomento de empleo del Estado, y de los empleadores ha sido acusar la rigidez de la legislación laboral y los sobre costos laborales.

Nuestra investigación sobre este hecho, en el plano documental, apreciamos que la literatura y los informes de las investigaciones realizadas sobre los costos laborales, siempre ha sido el tema del día en la gestión de las empresas. Con crisis o sin crisis económica, con mayor o menor demanda de fuerza laboral, con fomento y sin fomento del empleo, es un tema crucial para las empresas al momento de asignar precio al producto y/o servicio. Los empleadores, requieren que la regulación contenida en la legislación laboral, les sea favorable y que les permita competir en el mercado.

La bibliografía consultada sobre los costos laborales, la describen así:

A.-“En rigor, cuando se habla de costos laborales se alude a un punto de vista específico: el del empleador. Cuando muchos de esos mismos “costos” se observan desde punto de vista de los trabajadores se convierte en “beneficios” o “derechos” y sí, a algunos de ellos se les observa desde la perspectiva del Estado, toman la forma de “contribuciones” o “impuestos”.

(...) Los que sin son importantes son los costos laborales a cargo del empleador. En el presente trabajo, se define a los costos laborales a cargo del empleador como aquellos desembolsos adicionales a la remuneración de carácter obligatorio, permanente y no -administrativo, que hace el empleador a cambio de la contratación de sus trabajadores. De esta manera se excluyen del análisis aquellos costos que no influyen en los planes de

*producción de las empresas así como aquellos que son aleatorios, extraordinarios o inciertos*³⁵.

“1.4.1.- (...) En efecto, nadie puede negar que los beneficios sociales constituyen una parte del coste del trabajo, que entra en el coste de producción general y debe ser cubierto por los precios, para que pueda haber actividad económica.

Por tanto, lo que interesa a los empresarios o empleadores es el coste total del factor trabajo, de tal modo que todo aumento de los beneficios sociales que no corresponde a un aumento de productividad, no puede provocar sino uno de estos efectos: o bien una disminución de las remuneraciones directas (sueldos y salarios), o un aumento de los precios, o una disminución de la producción y de la ocupación”.

(...) “Efectos sobre la movilidad de los trabajadores.-

Existen en ciertos casos algunos beneficios sociales que sólo son otorgados como resultado de la permanencia de los trabajadores durante un tiempo muy largo al servicio de un mismo empleador (...).

Ahora bien, la falta de movilidad de los trabajadores constituye un obstáculo para el progreso económico, el cual está constituido por un proceso de continuos cambios que exigen, de parte de los empleadores y de parte de los propios empleados, cambios de colocación”³⁶.

“Salario por despido (pago por retiro).

(...) Un salario por despido alivia el gravamen que pesa sobre el obrero como resultado de su desempleo, evitándole dificultades financieras mientras busca una nueva ocupación”.

“(...) Por ende, el salario por despido es un medio para hacer que la suspensión del obrero sea más costosa para el patrón.

³⁵Chacaltana, Juan, “Los costos laborales en el Perú, documento elaborado bajo el auspicio de la Organización Internacional del Trabajo, la versión final ha sido publicada en: Tokman, Víctor; Martínez, Daniel, Inseguridad Laboral y competitividad: modalidades de contratación, OIT, Lima, 1999, p 15.

³⁶ Ferrero, Romulo A. y Altmeyer Arthur J, Efectos económicos de los beneficios sociales, en Estudio Económico de la Legislación Social Peruana y Sugerencias para su Mejoramiento, Santiago Valverde, Lima, 1957, p. 70, 83.

“B.- (...) El fenómeno de la globalización y de la competencia sin límites que agobia el mundo, ha puesto su importante cuota a esta situación, pues los empresarios, a fin de bajar costos que les permita ser mas competitivos y con ello tener la oportunidad de permanecer en el mercado, no han encontrado solución más sencilla e inmediata que reducir los costos laborales, y una de las fórmulas por la que han optado y que como se verá posteriormente a la postre resulta un auto engaño por las consecuencias que dicha opción origina, es lo de hacer uso de contratos civiles o mercantiles para encubrir una verdadera relación laboral”³⁷.

“(...) La apertura de los mercados ha traído consigo el ingreso de una variedad de productos de diversos países de origen, con los cuales el empresario peruano tiene que competir. Ahora, él enfrenta el problema de la supervivencia y objetivo central y justificado es reducir sus gastos sin dejar de ser eficiente.

(...) En la actualidad, con los matices que supone cada caso, el tema de los costos laborales ocupa el centro de debate en los países de la región. En efecto, “algunas de las modificaciones más sustanciales de la legislación laboral y previsional producidas en los últimos años, se han orientado a reducir los costos laborales. El principal argumento en que se basa esta orientación es que, al ser el costo laboral un componente importante del costo total de producción, una rebaja del mismo provocará una reducción del costo final del bien producido o del servicio prestado, tomando por esta vía, más competitivas a las empresas beneficiadas por dicha política.

(...) El problema de los costos laborales se asocia; pues, a la flexibilización de la legislación del trabajo, desde una perspectiva macro; y, a la administración del salario, si lo vemos bajo el prisma del empresario (...).

“C.- “En el Perú, los cambios orientados a flexibilizar nuestra legislación laboral y reducir los costos provenientes de las

³⁷ 32 Morales Corrales, Pedro G., *Problemática actual del contrato individual del trabajo: la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente*, en *Nuevas Orientaciones del Derecho del Trabajo*, Difusión Legislativa, Tomo II, Primera Edición, Congreso de la República, Comisión de Trabajo y Seguridad Social, Lima, 2001, p. 37.

*relaciones de trabajo se iniciaron a comienzos de la década del 90, con la promulgación de importantes instrumentos legislativos. De ahí en adelante adoptamos un modelo flexible, caracterizado por un fácil acceso al empleo y una gran liberalidad en su extinción (...)*³⁸.

“IV.- Los cambios de la flexibilización que influyeron en los costos laborales.

En este punto vamos a hacer un breve repaso de la flexibilización en el Perú, poniendo énfasis en las principales normas que incidieron en los costos laborales.

1.- *Flexibilización de entrada.- (...)*

2.- *Flexibilización en el desarrollo.- (...)*

3.- *Flexibilización de salida.- 3.1.- Estabilidad en el empleo.*

*Hasta antes de 1995, en el Perú existía un régimen de estabilidad en el empleo propia o absoluta. En tal sentido, la sanción por un despido injustificado era la reposición del trabajador en su puesto de trabajo, (...). Con la entrada en vigencia de la Ley No. 26513, se optó, en el marco de la Constitución de 1993, por un régimen de estabilidad en el empleo impropia o relativa, a través de la indemnización, como única forma de reparación por el despido arbitrario. Simultáneamente, se ampliaron las causas justas de despido (...)*³⁹.

D.- La reforma laboral, en propias palabras del MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION SOCIAL, “estuvo orientada a crear un marco normativo que favorezca un eficiente desenvolvimiento del mercado laboral, asegurando la flexibilidad y movilidad de la fuerza laboral, de manera que las empresas y los trabajadores puedan responder a los acelerados cambios en la economía mundial y los recursos humanos fluyan hacia las actividades con mayor potencial de crecimiento”⁴⁰.

³⁸ Zavaleta Rodríguez, Róger Enrique, *Los costos laborales en Perú, en Nuevas Orientaciones del Derecho de Trabajo, Comisión de Trabajo y Seguridad Social, Legislatura 2000-2001. Congreso de la República, Primera Edición, Tomo II, p. 125-125, 129.*

³⁹ *Ob. Cit, p. 139.*

⁴⁰ *Ministerio de Trabajo y Promoción Social, Hacia una interpretación del problema del empleo en el Perú, en Boletín de Economía Laboral, No. 8, MTPS, Lima, abril 1998.*

E.- *“La terminación del contrato de trabajo.*

(...) Por sus implicaciones económicas y sociales, la extinción de la relación laboral por iniciativa del empleador sigue siendo una de las cuestiones más discutidas. Para los trabajadores, la protección contra el despido es un elemento clave del derecho al empleo. Para los empleadores, una regulación estricta de la extinción de la relación de trabajo puede limitar sus posibilidades de adaptación de la empresa a las situaciones cambiantes del mercado y a las exigencias de competitividad.

La discusión de los temas ligados a la terminación de la relación de trabajo se circunscribe, en general, al despido -extinción del contrato por voluntad del empleador-, por cuanto la cesación por mutuo consentimiento, por voluntad del empleador o por la llegada del término, no plantean problemas específicos al no generar costos adicionales para la empresa. El debate se centra, por lo tanto, en las causales de despido, la duración del preaviso y su posible sustitución por una compensación económica, la indemnización debida por el empleador al finalizar el contrato y, en menor grado, en la figura de la reinstalación o reintegro, que tiene una incidencia más limitada. Las reformas nacionales referidas a estos aspectos plantean un cambio en la institución del despido⁴¹.

F.- (...) *“De esta manera, el consenso generalizado en la actualidad señala que la regulación laboral debe asegurar un balance entre la protección de los derechos fundamentales del trabajador y el adecuado funcionamiento del mercado de trabajo (BID, 2004; OIT, 1999). Así, resulta necesario armonizar estas dos visiones, de manera que se tenga la eficiencia que el mercado impone a través de la libre competencia, a la vez que ciertos mecanismos básicos de protección social. El debate, por tanto, no es entre regular y no regular, sino sobre cómo regular mejor. (...)*

(...) En la práctica, es el mercado el que determina quién asume de manera efectiva los costos de la regulación laboral. Así, por ejemplo, un incremento en el costo de despedir a un trabajador que la ley asigna al empleador puede ser absorbido, en parte, por el empleador y en parte por el mismo trabajador a través de un menor

⁴¹ Oficina Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *La Reforma Laboral en América Latina, Un análisis comparado*, María Luz Vega Ruiz Editora, Lima, 2001, p. 32-33.

salario. Otra posibilidad es que también sea absorbido por los trabajadores desempleados, que ven reducidas sus posibilidades de encontrar un empleo porque los empleadores perciben un mayor costo de contratar a alguien. La distribución de los costos de esta medida entre estos diferentes agentes tiene que ver con las características de la oferta y la demanda de mano de obra.

(...) La legislación condiciona el funcionamiento del mercado laboral, aunque, con frecuencia, la teoría no es suficiente para predecir el efecto de algunas normas laborales (...).

2. Los efectos de la regulación del mercado laboral: la evidencia internacional.

2.1. La protección del empleo.

La protección del empleo es descrita como “el conjunto de arreglos institucionales para la contratación y el despido. Estos pueden cubrir los tipos de contratos permitidos, las reglas especiales para favorecer la contratación de determinados grupos, las condiciones en las que el trabajador puede ser despedido, las indemnizaciones por despido, los períodos de pre-aviso y los procesos de cese colectivo” (Betcherman, 2001).

“Reforma de la protección del empleo.

La propuesta para reformar el deficiente sistema actual de protección del empleo, limitar sus efectos negativos y ampliar su cobertura se basa en recuperar la CTS como instrumento de protección efectiva para eventos de desempleo y reducir sustancialmente la indemnización por despido injustificado”⁴².

“G.- (...) 3. Determinantes del costo del despido en el Perú.

Durante las últimas décadas, el costo del despido en el Perú ha estado determinado por la interacción de dos elementos centrales: la estructura de la indemnización por despido, que determinaba la regla que establecía el costo del despido, y la estabilidad laboral, que en la práctica actuaba como un aumento casi infinito del costo del despido. Adicionalmente, el período de prueba era un elemento

⁴² Jaramillo Baanante, Miguel, Informe de Consultoría, La Regulación del Mercado Laboral en Perú, Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), Proyecto CRECER -USAID, Lima, Abril 2004, p. 1-4, 57-61.

importante ya que determinaba el momento a partir del cual el costo de despido se tornaba positivo.

(...)

3.2 La indemnización por Despido Injustificado

Hasta 1991 el trabajador era, en la práctica, el “dueño de su puesto de trabajo”. Despedir a un trabajador era posible, aunque tremendamente engorroso y sólo a costos muy elevados (...).

(...) La justificación legal de la indemnización por despido arbitrario es que el trabajador necesita una compensación por la pérdida de bienestar que le causa quedar desempleado, tanto en términos emocionales como financieros. (...) Desde el punto de vista de la empresa, la indemnización constituye una suerte de impuesto al despido a las empresas que buscan reestructurarse para adaptarse a cambios en las condiciones económicas y la competencia. (...)

En el Perú, la indemnización por despido fue introducida en noviembre de 1970, durante el gobierno del General Velasco, como un valor fijo equivalente a tres remuneraciones mensuales”.

“4. Efectos económicos de los costos de despido

Los costos de despido, determinados por la estructura de indemnizaciones y por la legislación sobre estabilidad laboral, constituyen una suerte de impuesto que las empresas deben de pagar cuando despiden a un trabajador. Este impuesto tiene potenciales efectos negativos sobre el nivel de empleo, ya que mayores costos esperados de despedir al trabajador encarecen el factor trabajo y reducen la contratación, al menos bajo modalidades formales de empleo. También tiene efectos sobre la velocidad de ajuste del empleo a los niveles óptimos y finalmente, tiene efectos sobre la estructura del empleo, en tanto pueden incentivar la contratación informal o la contratación temporal. (...)

4.1 Teorías acerca de los efectos de los costos de despido sobre el empleo.

Los costos de despido constituyen un impuesto que las empresas deben pagar al momento de separar un trabajador. Como tal, encarece el costo esperado del uso del factor trabajo y modifican el nivel de empleo de largo plazo o de estado estacionario. Asimismo, modifican la velocidad a la cual el empleo se ajusta a su nivel de

largo plazo, generan cambios en la rotación del empleo y tienen también un impacto sobre la velocidad del cambio tecnológico.

En primer lugar, la existencia de costos de despido aumenta las provisiones financieras que las empresas deben de acumular con el fin de enfrentar posibles despidos en la eventualidad de shocks que reduzcan el nivel de demanda de empleo. Esto incrementa el costo esperado de cada trabajador al momento de contratarlo y por lo tanto reduce la demanda de empleo de largo plazo de la firma. (...)

Los costos de despido no sólo afectan la velocidad de ajuste del empleo, sino también al tipo de ajuste. Al obstaculizarse los cambios en el número de trabajadores que la empresa puede tener a lo largo del tiempo, una forma en que éstas adecuan su stocks de empleo a sus necesidades de producción es a través del ajuste por horas trabajadas.

(...) Una reducción en los costos de despido tiene un efecto positivo sobre el proceso de creación y de destrucción de empleos y por ende aumentará la rotación del empleo y reducirá la duración media de los empleos en una economía. (...) pero por otro lado, al abaratarse el precio relativo de la mano de obra se acelerará el proceso de creación de empleos⁴³.

H.- Cerrando este punto, la evaluación final del experto Oscar Ermida U., ante la pregunta: “Este discurso flexibilizador en muchos casos, y particularmente en el Perú, se ha sustentado en la hipótesis que los costos laborales tenían un impacto muy alto y negativo respecto a la competitividad de las empresas; por lo tanto, se consideró que abatiendo los costos laborales, nuestro país tendría mucha más posibilidades de viabilidad en el contexto de globalización y de confluencias regionales que se está dando en el mundo y en América. ¿Cuál es la situación actual de este modelo, que basa la competitividad en la reducción de los costos laborales fundamentales? Respondió: Sí; en realidad los argumentos que se han manejado a favor de este modelo flexibilizador son el desempleo, que ya mencioné, y los costos laborales, que todavía no había mencionado. El argumento adicional que introduces ahora es el que se sustenta en la siguiente afirmación: si un trabajador sale muy caro al empleador entonces hagamos que sea más barato, con lo que el precio del producto va a ser más bajo, y por

⁴³ Saavedra Chanduvi, Jaime y otros, Documento de Trabajo 28, Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano”, Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), Lima, p. 12, 15, 20-22.

consiguiente va a competir mejor en el mercado, siendo además, que si el trabajador resulta más barato y el producto es más competitivo, entonces el empleador va a contratar más trabajadores, generándose entonces, en teoría, más empleo.

Pero este argumento también ha fallado, por dos o tres lados. En primer lugar, el costo laboral fue reducido en América Latina, sin que por ello mejoraran la competitividad ni el empleo. Luego de 10 o 20 años de reducción del costo laboral, la verdad es que no se ha logrado, por esa vía, un aumento de la inversión, ni de la productividad, ni de la competitividad. Las mejoras que pudieron existir en ese campo, se han dado por otras razones.

Pero además de eso, hay que tener en cuenta que el costo laboral en América Latina es muy bajo. ¿Cómo medir el costo laboral?. Se puede medir en cada producto. Es decir, yo tengo acá una lapicera que cuesta 10 (no importa si soles, dólares, euros o pesos). Cuesta 10 y lo que hay que ver es, cuando yo pago 10 en un comercio, qué porción del precio va a cubrir salarios y cuánto va al empleador de esos 10 soles, pesos, dólares o euros, esto es, a los otros costos de producción, publicidad, marketing, reserva para futuras inversiones y lucro o ganancia del empresario.

Por una lapicera de estas producida en Europa, no hay duda que de los 10 pesos, dólares o euros que pago, entre 5 y 8 van a remunerar a los trabajadores y otros 5 ó 3 ó 2 se reparten en inversiones, impuestos, ganancias, etc. En América Latina es exactamente al revés: el costo laboral en esta parte del mundo es bajísimo, y por una lapicera por la cual yo pago 10 pesos, soles o euros, la verdad es que sólo entre 1 y 2 van a solventar el costo laboral y los restantes 8 o 9 van para inversiones, para lucro del inversor, del empresario, publicidad, otros costos de producción, etc. Por lo que cualquier ahorro que se haga en un costo laboral que ya es muy bajo en América Latina (siempre por debajo del 30% del costo de producción y probablemente entre el 10 y el 20%), cualquier ahorro que yo haga en esa pequeña proporción va a tener una repercusión muy baja. Es mucho más lógico desde el punto de vista económico procurar disminuciones donde hay más dinero para reducir: en esos otros 8 ó 9 que quedan y no en esos 1 ó 2 destinados al costo laboral o al salario.

En todo caso, la razón del artillero, en realidad, es otra: en la práctica, estas reducciones de costos laborales que sí se han dado en América Latina, no han aumentado la competitividad, la productividad, de manera notoria, ni han aumentado el empleo. Solo han reconcentrado el ingreso⁴⁴.

⁴⁴ErmidaUriate, Oscar, Ob. Cit.,16-18.

Sección 8. Análisis de la variable “despido arbitrario” e indicadores

La interrogante que nos permitió encontrar la respuesta al problema planteado es: ¿Si el entorno económico, político y social ha influido en la regulación del despido arbitrario o sin causa?.

La respuesta es afirmativa, y se ha corroborado, que el entorno económico, político y social del Perú en el año 1990, ha influido de manera determinante en la modificación de la regulación del despido arbitrario.

Son coincidentes los fundamentos del Estado y de los empleadores para modificar la regulación del despido sin causa; pues, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo No. 728, se justifica la necesidad de que los empleadores tengan un marco flexible que les permita la movilidad del empleo y de esta manera se establezca un entorno propicio para generar más inversiones y empleo. Por esta razón, un régimen de estabilidad laboral absoluta es incompatible con ello, por lo que ahora el Estado considera necesario establecer en la regulación laboral si el trabajador es despedido sin causa, sólo le corresponderá la indemnización y no la reposición.

Las investigaciones empíricas de la OIT, concluyen que la política de flexibilidad laboral o desregulación, en nuestro país no ha generado el empleo formal esperado, y por el contrario han proliferado la celebración de contratos de duración determinada, y despidos, lo que ha contribuido al nacimiento de otro problema: trabajadores precarios.

Los empleadores han aprovechado de la regulación que les permite contratar trabajadores a plazo determinado, y la opción de despedir sin motivo o causa al trabajador que supero el período de prueba, para adaptar la demanda de mano de obra a las necesidades de la empresa y el mercado es decir, el Estado le ha otorgado un marco legal que les permite a los empleadores actuar con libertad en el mercado laboral. De esta manera, estamos retornando de nuevo a principios del Siglo XX, cuando el trabajo es considerado como una mercancía (sujeto a la oferta y demanda), por el predominio del entorno económico frente

a los derechos y dignidad del trabajador. Esta coyuntura dio origen al nacimiento de la OIT, donde los Estados miembros, los empleadores y trabajadores declararon y se comprometieron a defender el principio de su Constitución: EL TRABAJO NO ES UNA MERCANCIA.

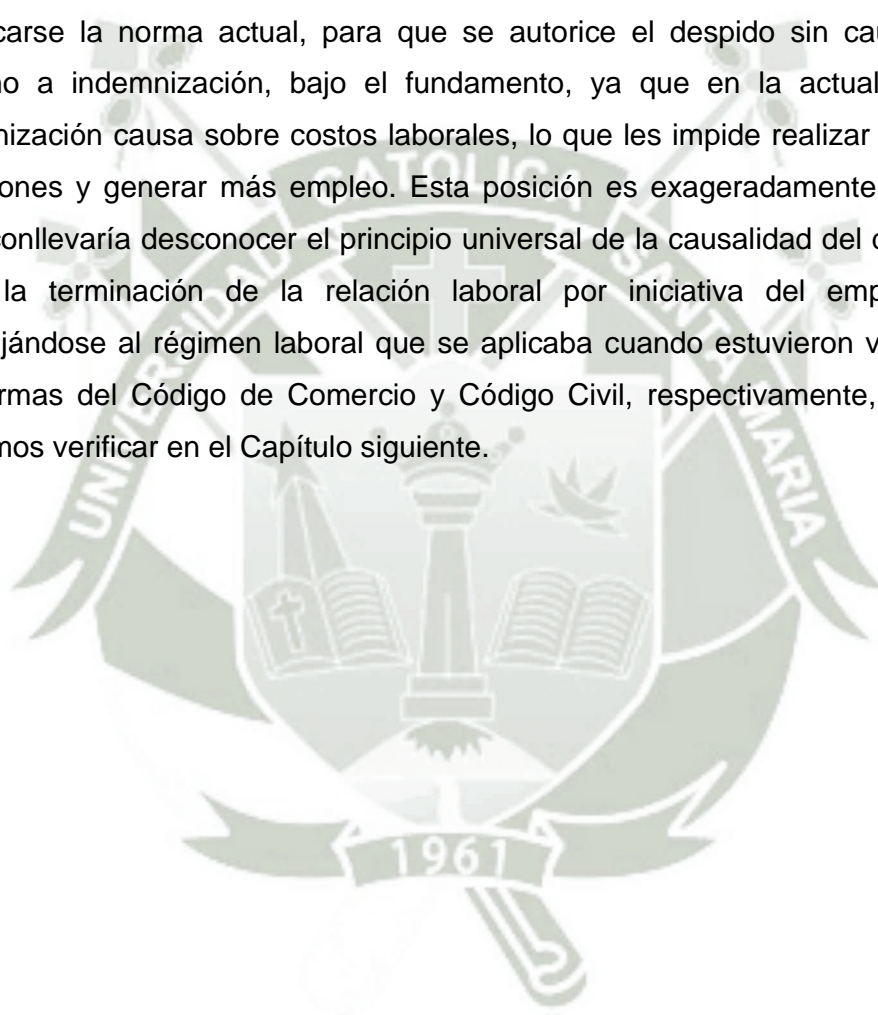
En el Perú, con la puesta en vigencia del DL 728, inicios de la flexibilidad del despido (1991), se tuvo que tener un sistema dual que permitiera a los trabajadores que han superado el período de prueba, por derecho adquirido mantener la estabilidad absoluta en el puesto de trabajo (solo pueden ser despedidos por causa justa, y en su caso gozan de la reposición en el puesto de trabajo) de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política de 1979. Los trabajadores que ingresaron a laborar a partir de la vigencia del Decreto Legislativo citado, pueden ser despedidos sin causa y sólo tienen derecho a la indemnización tarifada. Luego con la promulgación de la Constitución de 1993, y la posterior modificación del Decreto Legislativo 728, se consolidó la regulación de que **el trabajador despedido no tiene derecho a la reposición, cuando el despido sea con causa o sin causa, y el único remedio es la indemnización**. Salvo, el caso del despido nulo, que es el único caso que la legislación laboral protege con la reposición y pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Es decir la clave de bóveda del sistema de protección contra el despido, necesariamente tuvo que ser modificado por el Estado a nivel Constitucional, para permitir el despido con causa o sin causa, sin derecho a la reposición. De esta manera se constitucionalizó los fundamentos de flexibilidad desarrollados con el Decreto Legislativo No. 728.

Con relación a los indicadores: flexibilidad, globalización, sobre costos laborales, se ha demostrado que son argumentos que ha utilizado el Estado y los empleadores, como justificación para lograr imponer unilateralmente la flexibilidad de la regulación laboral a fin de que permitiera a las organizaciones competir en el mercado interno y externo, con mano de obra que puede ser

contratada y despedida de acuerdo a sus necesidades. Esta política laboral tiene un significado económico para la organización que produce un bien o servicio. Se ha privilegiado el aspecto económico frente al valor que encierra el trabajo, que tiene de por medio la dignidad de la persona.

No obstante, la realidad descrita, los empleadores tienen en agenda la reforma que debe realizar el Estado sobre la regulación del despido, tiene que modificarse la norma actual, para que se autorice el despido sin causa sin derecho a indemnización, bajo el fundamento, ya que en la actualidad la indemnización causa sobre costos laborales, lo que les impide realizar nuevas inversiones y generar más empleo. Esta posición es exageradamente liberal, pues conllevaría desconocer el principio universal de la causalidad del despido o de la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, asemejándose al régimen laboral que se aplicaba cuando estuvieron vigentes las normas del Código de Comercio y Código Civil, respectivamente, lo que podremos verificar en el Capítulo siguiente.



CAPITULO II. LA REGULACION DEL DESPIDO ARBITRARIO EN EL PERU, ANALISIS ACTUAL, HISTORICO Y PROSPECTIVO

Sección 1. El despido arbitrario

Después de haber tratado la primera variable “El despido arbitrario”, a continuación damos cuenta de los resultados del análisis del indicador: “marco jurídico” vigente y sus antecedentes, que nos ha permitido conocer la evolución de la regulación del despido en la legislación Constitucional, laboral, los Convenios y Recomendaciones Internacionales, la jurisprudencia laboral y constitucional, respectivamente, y su proyección en las propuestas del Código de Trabajo y Proyectos de Ley en trámite en el Congreso de la República.

Para el desarrollo de este capítulo, nos hemos planteado la siguiente pregunta:

¿Cuál es el contenido esencial del despido arbitrario: en la Constitución Política de 1993, la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, el Convenio 158 y su Recomendación de la OIT, los principios y la doctrina jurisprudencial en materia laboral y constitucional?. La respuesta necesariamente exige revisar la regulación que estuvo vigente en materia de despido, y comprender la institución laboral del despido y su evolución respecto a la protección del trabajador.

1.1 Delimitación

El despido, objeto de la presente investigación, es el inmotivado o sin causa, que ejercita el empleador con el trabajador o trabajadores conforme a la facultad concedida por el artículo 34° del TUO del Decreto Legislativo No. 728, DS. 003-97-TR. Es importante, delimitar el objeto de la investigación, por cuanto nos permitirá por razones metodológicas cumplir con el plan de investigación presentado para demostrar la hipótesis y las variables planteadas.

En este capítulo desarrollamos los resultados después de revisar y analizar las normas nacionales (vigentes y derogadas), regionales e internacionales, y los mecanismos de protección cuando se produce el despido sin causa del trabajador. Este análisis nos será útil posteriormente, para contrastar con la realidad jurídico-social los hechos como consecuencia del despido, para verificar el control y efectividad de la norma Constitucional de 1993 en la justicia laboral y constitucional.

Debemos mencionar, que los resultados de una anterior tesis doctoral, concluye que la legislación laboral latinoamericana ofrece al trabajador una frágil protección⁴⁵ cuando se produce el despido sin causa⁴⁶.

⁴⁵ *“Conclusiones. El estudio comparativo del despido individual ha permitido constatar la existencia de un cierto número de coincidencias y de divergencias entre las legislaciones latinoamericanas. (...) Dejando del lado estas coincidencias y estas divergencias entre los países, resultaba importante estudiar la extensión de la protección ofrecida a los trabajadores contra los despidos arbitrarios. Como puede verificarse, esta protección es aún bastante frágil, diferentes constataciones hechas a lo largo de este trabajo ratifican esta afirmación: la ausencia de procedimientos previos y obligatorios al despido (los cuales permitirán al trabajador defenderse) ...el carácter excepcional de la reintegración en el régimen de las sanciones, la debilidad de los mecanismos de ejecución de las sanciones de despido y, finalmente, la constatación de un abandono relativo de la idea de sanción contra los despidos “injustificados” e “irregulares”. “... La evolución de la legislación latinoamericana en la materia permite identificar una tendencia principal a lo largo de los últimos años: se asiste a un proceso que tiende a hacer más flexible el régimen del despido individual permitiendo su ejercicio más libremente por parte del empleador. ... A pesar de que no se pueda negar el carácter protector que presenta el régimen del despido individual, su análisis muestra que la arbitrariedad en su ejecución no ha sido eliminada, en es sentido diferentes modificaciones parecen necesarias a la legislación”. Reynoso Castillo, Carlos, El Despido Individual en América Latina, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1990, p. 243-245.*

⁴⁶ (...) *“Se puede constatar que las leyes no hacen alusión alguna con relación a las condiciones de fondo requeridas para el ejercicio del despido liberador; se trata de un dominio vago que parece ajeno al derecho del trabajo latinoamericano. Una posible explicación de este hecho tiene relación con las influencias del derecho común en la formación del derecho del trabajo. La libertad de rescisión, reconocida en la teoría general de los contratos, fue incorporada a la legislación del trabajo y, en este caso, el empleador no está obligado a fundar objetivamente su actitud. La subsistencia de una reglamentación del despido sin causa muestra la amplitud de posibilidades de acción con las que cuenta el empleador para separarse de un trabajador”. Reynoso Castillo, Carlos, Ob. Cit., p. 142.*

Sección 2. Regulación del despido arbitrario

2.1 Constitución Política del Perú de 1993

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

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

2.2 TUO del D. Legislativo No. 728, DS. No.003-97-TR

Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), Decreto Supremo No. 003-97-TR.

“Artículo 22.- Para el despido de un trabajador... es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.”

“Artículo 34.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

“Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.

REGLAMENTO DE LA LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO

Decreto Supremo No. 001-96-TR

“Artículo 31.- Es arbitrario el despido que se produce en contravención del artículo 55 de la Ley (artículo 22, LPCL) y se sanciona únicamente con la indemnización establecida en el artículo 71 (artículo 38, LPCL) de la misma manera.”

“Artículo 52.- La acción indemnizatoria en caso de despido arbitrario, excluye la acción de nulidad de despido.

“Artículo 56.- La indemnización por despido arbitrario deberá abonarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de producido el cese. De no ser así devengará intereses con la tasa legal laboral fijada por el Banco Central de Reserva.

No procederá la acumulación de tiempo de servicios, en caso de reingreso, para efectos del pago de la indemnización por despido.”

Sección 3. Definición y análisis de las normas

2.1 El despido arbitrario es aquél que se produce al cesar a un trabajador por acto unilateral del empleador sin expresión de causa o porque no se pudo demostrar ésta en juicio.⁴⁷

El derecho sustantivo laboral peruano, precisa que el despido es una de las causas de extinción⁴⁸ del contrato de trabajo, o de la relación de trabajo⁴⁹.

⁴⁷ AELE, *Extinción de la relación laboral*, Segunda Edición, Lima, 2002, p. 62.

⁴⁸ TUO del Decreto Legislativo No. 728, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*, Decreto Supremo No. 003-97-TR, Artículo 16.- g).

⁴⁹ “El despido del trabajador es causa extintiva de la relación laboral”; “El defecto jurídico fundamental de la extinción es que la relación termina y en consecuencia, deja de producir los resultados que a la misma se ligan. Desaparece el vínculo que unía a los sujetos de la relación y la posibilidad de exigirse mutua y recíprocamente las prestaciones que integran su contenido. Ni el trabajador ha de continuar prestando sus servicios ni el empresario ha de pagar la retribución legal o convencionalmente

Asimismo, establece para el despido de un trabajador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada⁵⁰.

El despido debe ser comunicado por escrito al trabajador, exigiendo la ley que sea mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha de cese⁵¹.

Más adelante la propia ley, precisa que "... si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, **como única reparación por el daño sufrido**. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente"⁵².

Por consiguiente, el despido arbitrario, por mandato de la ley, se configura cuando el empleador despide al trabajador sin que exista causa que lo justifique, o como su propio nombre lo indica es un despido discrecional⁵³. O mejor dicho, cuando no existe, motivo o causa⁵⁴ que justifique la terminación de la relación laboral.

establecida", en extinción de la relación laboral, Curso de Derecho del Trabajo, Manuel Alonso García, Editorial Ariel, Séptima Edición, Madrid, 1981, pág. 556, 558

⁵⁰ Artículo 22.- del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

⁵¹ Artículo 32.- del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

⁵² Artículo 34.- segundo párrafo, del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

⁵³ "El despido arbitrario es ilegítimo, y siempre lo será, aun cuando el ordenamiento le reconozca efectos extintivos. Repárese, el pago de la indemnización no lo puede transformar en diáfano y pulcro, pues es el resultado de un acto que va más allá de un poder que sólo tiene naturaleza excepcional"; Elmer Arce Ortiz, *La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales*, Ara Editores, 2da. Edición, Lima, 2006, p. 63

⁵⁴ "(...) Si el trabajador no dio motivo para ser despedido, se dice que la rescisión ocurrió sin justa causa(...)"; "(...)Las condiciones políticas y económicas de cada país explican los diferentes grados de evolución encontrados. En los estados de régimen capitalista, se valora la libertad y la facultad discrecional de despedir no tiene obstáculos. Se reconocen, además, los daños derivados de la falta de

Consecuentemente, si la ley laboral, precisa que el despido debe fundarse en causa justificada, señalada en la ley y debidamente comprobada, no entendemos, como la misma norma a continuación habilita y apertura la posibilidad, al autorizar al empleador materializar el despido arbitrario, sin necesidad de que exista causa justificada, señalada en la ley y debidamente comprobada⁵⁵; es decir, con causa o sin causa el empleador puede despedir al trabajador, y solo está penalizado con el pago de la indemnización tarifada.

Reiteramos, que con causa justificada o sin causa justificada el empleador ha sido habilitado, autorizado por ley para despedir al trabajador. Es la propia norma la que habilita el ejercicio de esta facultad al empleador; su ejercicio en nuestra realidad se ha manifestado exageradamente, dando lugar procesos judiciales que han concluido con la revisión de esta facultad del empleador con pronunciamientos del TC, en acciones de amparo promovidas por trabajadores despedidos; oportunidad que dio lugar a que en el caso de Telefónica se declarará la ilegalidad e inconstitucionalidad de la norma que facultaba a despedir sin causa al trabajador (Artículo 34, segundo párrafo del DS 003-97-TR). Sin embargo, el trabajador que es

empleo, que son resarcidos en la proporción que permiten las posibilidades económicas: la indemnización varía de un mínimo hasta el seguro de desempleo”; “(...) Causa justificada para el despido puede ser conceptualizada como todo acto que implica falta grave, efectuado por una de las partes, que autoriza a la otra para rescindir el contrato de trabajo, sin responsabilidad. La causa justificada consiste, por lo tanto, esencialmente, en la comisión de una infracción. No toda infracción, o conducta indebida, sin embargo, configura una causa justificada ya que es necesario que ese acto se invista de gravedad”. Wagner D. Giglio, La extinción de la relación laboral, Aele Editorial, Lima, 1987, p. 27.

⁵⁵ *“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 no menos excepcionales: el derecho está –en principio- prohibido, salvo que concurra una de las causas justas previstas en la ley o en la norma jurídica en cuestión”. Ermida, Oscar, La estabilidad Laboral en América Latina, en Boletín OIT Informa, Año I, No. 1, 1989, p. 6, citado por Blancas Bustamante, Carlos, El Despido en el Derecho Laboral Peruano, Ara Editores, Lima, 2006, p. 64. “La –causa justa- viene, de este modo, a constituirse en el elemento legitimador del despido: en el supuesto habilitante del poder empresarial para el despido y convierte a éste 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”.*

despedido sin causa y recurre al Juez de trabajo, solo pueden obtener la protección, que sigue rigurosamente el mandato legal, del pago de la indemnización tarifada en función a los años laborados con el tope previsto.

Finalmente, es necesario precisar que la regulación del despido dependerá del tipo de estabilidad laboral que asuma o defina el legislador al momento de regular lo que entiende por protección contra el despido arbitrario. Ya lo ha hecho con el DS 003-97-TR, TUO del DL 728. Con posterioridad, los proyectos de ley que se han presentado en Congreso no han tenido el éxito necesario para cambiar esta situación desde el retorno a gobiernos democráticos con los Presidentes Paniagua, Toledo, y García.

Sección 4. Evolución del Despido en la Legislación del Perú

Para entender la institución del despido, fundamentalmente es necesario tratar la evolución de las normas que regulan el despido del trabajador y subsiguientemente los mecanismos de protección, es necesario revisar y analizar la legislación derogada.

4.1 El Despido en la historia de las relaciones de trabajo: incanato, la colonia, la independencia y la era moderna

Conocer el tratamiento del despido en las distintas fases del desarrollo histórico de las relaciones de trabajo, en nuestro país, resulta necesario e importante, conocer si existió norma o antecedente inmediato.

La Tesis doctoral “El Despido Individual en América Latina”⁵⁶, de Carlos Reynoso Castillo, desarrolla en la parte introductoria, el análisis de las relaciones de trabajo en las etapas pre-colonial, colonial, independencia y moderna, de cuyo aporte valioso nos valemos, y citamos a continuación:

⁵⁶Reynoso Castillo, Carlos, *El Despido Individual en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1990, p. 30-36.

En “La fase pre colonial (...) el derecho azteca y el derecho inca fueron, antes que nada, derechos consuetudinarios (...). El trabajo en tanto que obligación debía ser respetado frente a la comunidad, pero también frente a la autoridad socialmente superior. No respetar esta obligación podía eventualmente desembocar en la exclusión social del infractor. El sistema normativo y la organización del trabajo reposaban sobre una base mítica y metafísica”.

En “La fase colonial (...) se presenta como un período en el cual la explotación de los recursos descubiertos es la principal preocupación de los colonizadores. A nivel jurídico “la mano de obra es menos libre”, las normas adoptadas buscan integrar y sujetar la mano de obra a las nuevas formas de producir, ello permite entender la ausencia de un régimen de exclusión de la mano de obra, por ejemplo de un régimen de despido”.

En “La fase de la independencia (...) se observan la existencia de las primeras disposiciones concernientes al trabajo. Ellas fueron fuertemente influidas por la tradición romana y el Código Napoleón de 1804. De esta manera, la reglamentación de las relaciones “trabajador-empleador” fue incluida dentro de los Códigos Civiles de la época bajo el título de “arrendamiento de servicios”. “El antecedente de este tipo de contrato fue la locatio conductio operarum del derecho romano, en la cual “el trabajador renta contra un salario su fuerza de trabajo, el contrato se forma libremente y su contenido es fijado libremente, concretamente el monto del salario”. La posibilidad de poner fin a un contrato eran idénticas para las partes, las cuales eran consideradas como individuos libres. La reglamentación de la ruptura de los contratos de derecho común es, así, el antecedente directo del régimen actual del despido individual”.

En “La fase moderna (...) para ciertos autores, el derecho del trabajo sólo aparecería a fines del siglo XIX (...) la evolución del (...) despido, en particular fue marcada por la influencia de diferentes factores, como el carácter ejemplar que jugaron algunas legislaciones, tales como la mexicana donde se adoptó un conjunto de principios sobre el derecho del trabajo en la Constitución de 1917. Entre esos principios está la idea según la cual el despido sólo existiría cuando se sustenta en “justa causa”. La Constitución mexicana influyó en la ulterior adopción del régimen del despido en los países vecinos. Actualmente el despido es un tema tratado por todas las legislaciones latinoamericanas”.

4.2 Regulación del despido a partir del Código de Comercio (15.02.1902)

“Artículo 296.- Empeño a tiempo indeterminado. En los casos de que el empeño no tuviere tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido, avisando a la otra con un mes de anticipación. El factor o mancebo, tendrá derecho, es este caso, al sueldo que corresponda a dicha mesada”.

Esta es la primera norma encontrada en nuestra legislación, que refería la terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador, bastaba con un solo aviso anticipado para dar por terminada la relación de trabajo, existiera o no causa fácilmente terminaba la relación de trabajo. No existía estabilidad en empleo, y el trabajo era regulado por las normas del Código de Comercio.

Estudiosos del derecho del trabajo, afirman que: “... Dentro de este modelo es evidente que la protección más precaria se dirige a los empeños donde no se tuviere tiempo señalado, pues que en estos casos el patrono no está obligado a justificar, con razones específicas, su decisión extintiva. Así, en este supuesto, el despido incausado se legitima, sólo con el hecho de dar un aviso anticipado (...)”⁵⁷.

La falta de regulación del trabajo⁵⁸, era tan resaltante en la época, por lo que *algunas* materias como la jornada laboral (1919), los accidentes de

⁵⁷ Arce Ortiz, Elmer, *La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales*, 2da Edición, Ara Editores, Lima, 2006, p. 27.

⁵⁸ “Leyes Sociales. El trabajador peruano hasta el presente no está aún amparado por leyes sociales eficaces. El decreto dado en 1919, sobre jornada de ocho horas, la ley de accidentes de trabajo y la ley de protección a la mujer y el niño, apenas si son conatos de esta legislación. El decreto de las ocho horas que fue arrancado por la fuerza solidaria del proletariado de la capital en 1919, ...; El obrero no cuenta hoy con ninguna disposición que lo ampare, en caso de enfermedad, muerte (natural), vejez, despedida, etc. ...”. Manifiesto de la CGTP a la clase trabajadora del País. Documento, en cuya inspiración y redacción participó principalmente José Carlos Mariátegui. Tomado de 7 Ensayos de Interpretación de la

trabajo, se empezaron a desarrollar en normas aisladas por el Estado, debido a las paralizaciones de los obreros de la época.

4.3 LEY No. 4916 (07.02.1924), Ley del Empleado

“Artículo 1.- Modifíquese el Art. 296 del Código de Comercio en los siguientes términos: Inciso a).- En caso de que el empeño o locación del servicio no tuviera tiempo de duración determinada, constante por instrumento público podrá cualquiera de las partes darlo por fenecido, dando aviso de noventa días al patrón al empleado, y de cuarenta días el empleado b).- (...) Tendrá derecho a la compensación de sueldos, según escala (...).”

Los comentarios de esta norma, nos refieren que “Una de las características del contrato de trabajo a tiempo indeterminado consistió en su resolución ad nutum, esto es, que cada una de las partes tenía la facultad de resolverlo en cualquier momento sin indicar la causa de dicha determinación, tal como lo disponía el artículo 296 del Código de Comercio.”⁵⁹

“Este nuevo modelo, aunque no elimina enteramente el poder ad nutum del despido del empleador o la libertad de aquél de poner fin a la relación en cualquier momento sin expresar causa alguna, consolida, sólo para el caso de contratos de duración indeterminada, su procedimentalización y la exigencia de un preaviso mayor equivalente a tres meses”⁶⁰.

La interpretación de la regulación existente, nos permite apreciar que la consolidación del despido libre, frente a la relación de trabajo que se

Realidad Peruana, Con Ideología y Política, de José Carlos Mariátegui, Tomo 1, Segunda Edición, Librería Editorial Minerva, Lima, 2008, p. 457-458.

⁵⁹Aphan Wong, Hugo, *Ley del Empleado Particular, Segunda Edición, Editora Osbac SCRL, Lima, 1986, p. 13-14.*

⁶⁰ Arce Ortiz, Elmer, *Ob. Cit. p. 28*

entiende de duración indeterminada, por lo que basta el preaviso para que concluya la relación existente. Seguía de esta manera el mismo espíritu del Código Civil.

4.4 LEY No. 8439 (20.08.1936), Ley del Obrero

“Artículo 3.- En las mismas empresas, los obreros tendrán derecho a una indemnización de quince días de salario por un año de servicio, en caso de despedida del trabajo...”.

Se extendió el derecho de los obreros de percibir una indemnización de 15 días de salario por año de servicios, en caso de despedida sin causa del trabajo.

4.5 Código Civil (30.08.1936)

“Del Contrato de Trabajo, Artículo 1571.- Por este contrato el obrero ofrece contribuir a la producción, con su trabajo personal, por tiempo determinado o indeterminado, mediante el pago de un salario”.

“De la Locación de Servicios, Artículo 1550.- Cuando no hay plazo estipulado, o cuando no se puede inferir de la naturaleza del contrato, o de la costumbre del lugar, cualquiera de las partes puede a su arbitrio, poner fin al contrato, dando a la otra el aviso correspondiente”.

Lo importante, es que el Código Civil, aporta al derecho de trabajo peruano la definición de los requisitos fundamentales del contrato de trabajo, y “Contempla el Contrato de Trabajo como una categoría diferente de las normas comunes de la locación de servicios, en concordancia con la tendencia moderna de dignificación del trabajador, en su eminente condición de persona humana”⁶¹.

⁶¹Aphan Wong, Hugo, *Ob. Cit.*, p.18.

4.6 Decreto Ley No. 18471 (10.11.1970)

“Artículo 1.- Los trabajadores de la actividad privada y los de las empresas públicas sometidas al régimen correspondiente al de actividad privada, sólo podrán ser despedidos por las causas siguientes: a) falta grave; y b) reducción o despedida total del personal, autorizado por resolución de la Autoridad de Trabajo, debido a causa económica o técnica y caso fortuito o fuerza mayor”.

“Artículo 3.- Si la causa que justifica el despido no resultare probada por el empleador, éste será obligado a elección del trabajador:

a) A la reposición en el trabajo y al pago de una suma igual a las remuneraciones que hubiere dejado de percibir hasta el momento de la reposición, así como otros derechos que pudieran corresponderle; o,

b) Al pago del equivalente de tres meses de remuneración, si decide por la terminación de la relación de trabajo, (...) a las remuneraciones dejadas de percibir (...), y demás derechos que pudieran corresponderle”.

Con esta norma, **nace el derecho de estabilidad en el trabajo, y se establece que el despido debe fundarse en causa justa señalada en la ley**, por tanto, el trabajador no podía ser despedido sino por las causas señaladas en la ley: falta grave, reducción de personal por causas económicas o técnicas o por liquidación de la empresa. En el caso de considerar injustificado el despido el trabajador podía elegir entre la acción de reposición, o la acción indemnizatoria.

“En este esquema normativo, el empleador no puede despedir sin alegar causa (carácter causal de la extinción), así como tampoco, podrá hacerlo alegando causa distinta a las establecidas en la ley”⁶².

De tener un sistema libre de despido, pasamos a un sistema que prohíbe el despido sin causa, y el Estado, se define como defensor de los trabajadores, y debe garantizar el derecho a la estabilidad en el empleo⁶³, un giro no esperado de 360 grados con relación a la regulación existente.

Durante la vigencia de esta norma, y debido a las huelga desarrollada por los trabajadores el régimen de estabilidad en el empleo, fue suspendido ilegalmente para disponer el despido sin causa de trabajadores que participaron en huelgas o paralizaciones que tenían por objeto reclamar sus derechos y el retorno a la democracia durante el gobierno de facto del General Francisco Morales Bermúdez. La historia nos convoca a citar los siguientes hechos:

“(…) La historia de los últimos años ha contenido muchas leyes de emergencia laboral que quitaron el derecho de estabilidad a los trabajadores de importantes sectores de empresa, o que simplemente, enervaron con generalidad arbitraria del derecho. Hasta el año 1976 se expidieron Leyes de inestabilidad para PESCAPERU (DL 21450), para el sector minero (DL 21452), para SIDERPERU (DL 20043), para el magisterio (DL 20201), para los periodistas de diarios (DL 10681, 21204) y para SIMAPERU (DL 21372). En todos estos casos, por una u otra razón, se autorizó el despido, sin justa causa ni procedimiento cautelar de los trabajadores. La legislación de estabilidad laboral que había dado el propio gobierno quedaba seriamente

⁶² Arce Ortiz, Elmer, *Ob. Cit.* P. 33.

⁶³ *CONSIDERANDO de la Ley de Estabilidad en el Trabajo, Decreto Ley No. 18471.*

cuestionada. Las leyes abarcaron a varios cientos de miles de trabajadores quedaban en condición de despedidos potenciales.

Pero, tal vez, el caso más escandaloso fue el del DS 010-77-TR, del mes de julio de 1977, que autorizó a despedir a los trabajadores que habían participado en el paro nacional del 19 de julio de aquel año”. La disposición legalizó ignominiosamente el despido de más de cinco mil trabajadores, en su mayoría dirigentes sindicales, en clara muestra de venganza política gubernamental, y además violando el principio de normas legales elementales, como son el hecho de que no puede sancionarse retroactivamente y que la estabilidad laboral que se enervaba por decreto supremo, estaba consignada en el DL18471, jerárquicamente superior como fuentes de derecho”⁶⁴. Los trabajadores que fueron despedidos, se les dio la opción de ser repuestos por medio de ley de amnistía laboral durante el primer gobierno del señor Alan García Pérez.

4.7 Decreto Ley No. 22126 (21.03.1978)

“Artículo 1.- El presente Decreto Ley ampara a los trabajadores en el derecho a mantener el vínculo laboral y establece las causales de rescisión de dicho vínculo (...).”

“Artículo 3.- Los trabajadores a que se refiere el artículo anterior sólo podrán ser despedidos por las causales previstas en el presente dispositivo legal(..).”

“Artículo 28.- La rescisión del vínculo laboral sin causa justificada de los trabajadores a que se refiere el inciso b. del artículo 2 del presente Decreto Ley, que no superare los tres años al servicio de su empleador, se hará con un preaviso de noventa días calendario, cursado notarialmente o por intermedio del Juez de Paz a falta de Notario. La falta de este preaviso, da derecho al trabajador a

⁶⁴ Rubio Correa, Marcial, Bernal Ballesteros, Enrique, *Constitución y Sociedad Política, Mesa Redonda Editores, Lima, 1985, p. 169.*

percibir una indemnización especial equivalente a noventa días de remuneración”.

Conforme a estas normas se adquiere la estabilidad absoluta a los tres años de servicios. Debiendo tenerse en cuenta que después de vencido el período de prueba y hasta antes del vencimiento de los 2 años y 09 meses, el trabajador podía ser despedido libremente, sin causa justificada, con el preaviso correspondiente.

Para los analistas de esta norma, consideran que se: “...Creó una “etapa de inseguridad en el empleo”, dado que, entre el vencimiento del período de prueba y la adquisición del derecho (lo que se traduce en un plazo de dos años y nueve meses), el empleador tiene la potestad de despedir, sin alegar causa alguna mediante un preaviso de noventa días calendario”; “(...) con este esquema, se retornó, sin duda, al modelo de la Ley 4916, el cual admite el despido libre o ad nutum, carente de causa justificada y sujeto únicamente al preaviso”⁶⁵.

Debe resaltarse los fundamentos de la modificación del régimen laboral, el propio Estado considera que: “la estabilidad en el trabajo debe contribuir al desarrollo socio-económico del país, así como el mantenimiento de las relaciones armoniosas entre el trabajador y el empleador (...)”⁶⁶. Por un lado se reconoce la institución del despido causal, y se legaliza la oportunidad de despedir al trabajador sin causa antes de que alcance la estabilidad laboral.

⁶⁵ Arce Ortiz, Elmer, *Ob. Cit.* p. 36.

⁶⁶ *CONSIDERANDO del Decreto Ley No. 22126.*

4.8 Constitución Política de 1979 (28.07.1979)

“Artículo 48.- El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”.

Se reconoce el derecho a la estabilidad en el trabajo, por primera vez a nivel constitucional.

“El Artículo 48 (...) contiene dos proposiciones claramente delimitables. La primera está constituida por una declaración de carácter general mediante la cual procede a la proclamación del derecho (...); (...) la segunda es una disposición específica a regular el despido(...)”. “(...) A partir de las consideraciones expuestas, puede afirmarse el contenido del derecho de estabilidad en el empleo consagrado por el artículo 48 de la Constitución que integra armónicamente los dos aspectos de la regulación del contrato de trabajo a los que nos hemos referido: preferencia por la contratación por tiempo indefinido (opción por el trabajo estable) y protección frente al despido arbitrario”. “(...) No nos encontramos, pues, delante de aspectos de la regulación del contrato de trabajo que puedan ser separados, sino de instituciones que han de ir necesariamente unidas, ya que la presencia de una sin la otra carece de todo sentido y eficacia. El derecho a la estabilidad en el trabajo, o está integrado por ambas, o no consagra realmente la estabilidad laboral. Es por ello que en la doctrina se ha desarrollado una noción de la estabilidad en el empleo que los integra armónicamente.

DE LA CUEVA señala con toda claridad 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”. Es más corroborando las opiniones predominantes en la doctrina. Este autor precisa que “la primera es la esencia misma de la estabilidad de los

trabajadores en los empleos y la segunda es su seguridad o garantía”.⁶⁷

Con haberse establecido la cláusula de la estabilidad laboral en la Constitución de 1979, no implicaba que la estabilidad en el empleo era automática, sino que necesariamente nos remitía al desarrollo de la ley que expresaría la voluntad del legislador y del Estado.

La tesis fundamental que desarrolla esta Constitución, es que el despido necesariamente debe obedecer a una causa que justifique la terminación de la relación laboral, no obstante que el régimen económico liberal adoptado por la Constitución.⁶⁸ Por tanto, la estabilidad es el instituto del derecho laboral que pone fin a la libre resolución del contrato de trabajo por parte del empleador⁶⁹.

4.9 Ley No. 24514 (06.06.1986)

“Artículo 1.- la presente Ley regula el derecho de estabilidad en el trabajo, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución”.

“Artículo 3.- Los trabajadores a que se refiere el Artículo 2 sólo podrán ser despedidos por causa justa señalada en la presente ley y debidamente comprobada”.

⁶⁷Sanguinetti Raymond, Wilfredo, *El Derecho de Estabilidad en el Trabajo en la Constitución Peruana, en Trabajo y Constitución*, Neves Mujica, Javier, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1989, p. 90-93.

⁶⁸ *El modelo en síntesis.- En lo económico, la Constitución plantea un régimen que si bien tiene ambigüedades y contradicciones, es de tendencia liberal, con un claro favorecimiento de los intereses del gran capital nacional y extranjero... las leyes de reforma del período 1968-1975 han sido en su mayoría morigeradas. Se nota, si, un intento de modernización del capitalismo y no tanto un regreso (imposible ya) hacia la sociedad oligárquica PRE-existente a 1968”, Rubio Correa, Marcial y Bernales Ballesteros, Enrique, Constitución y Sociedad Política, Mesa Redonda Editores, Lima, 1985.*

⁶⁹ *Ángulo A, Jorge M, La Constitución: Normas Laborales, Normas de Seguridad Social, Editora La Elite, Trujillo, 1982, p. 50.*

“Artículo 4.- Son causas justas de despido:

a) La falta grave; b) Las situaciones excepcionales de la empresa, fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor; c) Inhabilitación impuesta al trabajador(...); d) La inasistencia al centro de trabajo por privación de la libertad proveniente de sentencia judicial por delito doloso”.

“Artículo 13.- Ejercitada la opción de reposición, el Juez dentro del tercer día notificará para que en el término de 24 horas reponga al trabajador en el mismo puesto(...) El Juez ordenará asimismo, el pago de las remuneraciones devengadas desde que se produjo el despido hasta su reposición efectiva”(...

Restablecida la democracia en 1980, no se modificó el Decreto Ley 22126, que permita el despido sin causa, hasta el año de 1986, Primer Gobierno de Alan García, restablece la estabilidad en el empleo con la Ley 24514.

Con esta ley, se desarrolla el derecho de estabilidad laboral consagrado en la Constitución de 1979. La estabilidad laboral se adquiere vencido el período de prueba de 3 meses. Enumera taxativamente las causas justas del despido. Introdujo un procedimiento previo al despido a fin de que el trabajador ejerciera el derecho de defensa frente a las imputaciones del empleador, recogiendo lo establecido en el Convenio No. 158 de la OIT. El trabajador despedido podía demandar se declare injustificado o improcedente el despido. En ejecución de la sentencia, la reposición era obligatoria, y la resistencia del empleador se penalizó⁷⁰.

⁷⁰ Blancas Bustamante, Carlos, Ob. Cit. p.105.

4.10 Decreto Legislativo No. 728 (1991)

Artículo 43º.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Artículo 58º.-Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido“.

Artículo 72.- Si el despido es injustificado, el trabajador podrá demandar alternativamente su reposición en el trabajo o el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 76.

Si demanda la reposición puede en cualquier estado de la causa variarla a una de indemnización. Del mismo modo, el Juez podrá ordenar en la sentencia el pago de la indemnización en vez de la reposición cuando éste resultare inconveniente dadas las circunstancias. (...)

La sentencia judicial ejecutoriada extingue el contrato cuando determina que el despido no da lugar a reposición sino al pago de indemnización”.

Artículo 76.- La indemnización por despido cuando no se otorgue la reposición o el trabajador demande la indemnización es equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, más la fracción proporcional con un mínimo de tres y máximo de doce remuneraciones”.

Teniendo como objetivo la promoción del acceso masivo al trabajo, crea un régimen dual de estabilidad laboral; para los trabajadores que estaban laborando bajo la vigencia de la Ley 24514, quienes continuaran rigiéndose por dicha norma sus derechos. Esta nueva norma se aplica para los

trabajadores que ingresen a laborar a partir de la vigencia del D. Leg. 728, en caso que el trabajador sea despedido injustificadamente, se faculta al Juez a sustituir la reposición por el pago de la indemnización tarifada. La regulación autoriza al empleador a despedir al trabajador sin causa o motivo, y sanciona este hecho con el pago de la indemnización de acuerdo al tiempo de servicios al empleador. En consecuencia, por decisión unilateral del Estado regresamos al sistema instaurado con el Código de Comercio de 1904, no obstante que estaba vigente el derecho de estabilidad en el empleo, propugnado en el artículo 48 de la Constitución de 1979.

4.11 Constitución Política de 1993 (29.12.1993)

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

Un aspecto esencial de este precepto radica en la remisión expresa que hace a una ley para que regule el derecho. Prohíbe el despido arbitrario, y faculta al legislador fijar los mecanismos de protección.

Para Ricardo Marcenaro Frers en el análisis que realiza de este artículo precisa: *“Por lo expuesto podemos concluir sin duda que la estabilidad laboral o sea la protección del trabajador contra el despido arbitrario está debidamente consagrado en el artículo 27° de la nueva Constitución, En consecuencia, la Constitución reconoce la estabilidad laboral pero deja a la legislación que establezca el tipo de protección que se le desee brindar al trabajador. Esta protección consistirá exclusivamente en la reposición si es que se establece la estabilidad absoluta. En caso de seguir los lineamientos de la OIT entonces se acogerá la estabilidad laboral permitiendo que la protección al trabajador en caso de despido injustificado consista en una*

*indemnización. Sin embargo, ambas son formas diferentes de amparar la estabilidad laboral*⁷¹.

Con este juego de palabras, se consolidó con la norma de mayor jerarquía del Estado, la autorización al legislador a optar por un sistema de estabilidad absoluta o relativa. Sin embargo, para los laboristas, la fórmula de la Constitución no deja de lado el principio de la causalidad en el despido, como lo precisara el TC al desarrollar el contenido esencial de este artículo y del derecho al trabajo, como podremos apreciar posteriormente en el punto sobre el contenido esencial de la norma.

4.12 Ley No. 26513 (28.07.1995)

Modificatoria del Decreto Legislativo 728.

Artículo 71º.-El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 76, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

“Esta norma terminó con el régimen dual establecido en el Decreto Legislativo No. 728, eliminando la posibilidad que los trabajadores accionen por la reposición en caso de un despido injustificado, dejando la garantía de reinstalación únicamente para el caso del despido nulo sujeto al listado de situaciones establecido en la ley(...)”.

⁷¹MarcenaroFrers, Ricardo, *El Trabajo en la Nueva Constitución*, Cultural Cuzco SA, Lima, 1995, p. 170.

4.13 Decreto Legislativo No. 855 (04.10.1996)

Modificatoria del Decreto Legislativo 728.

Artículo 71.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a media remuneración ordinaria mensual por cada año completo de servicio con un máximo de doce remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.

Se reduce la indemnización por despido arbitrario a media remuneración por cada año de servicios con un máximo de 12 remuneraciones, permitiendo de esta manera ser más flexible el despido sin causa. Esta modificación tuvo vigencia menos de un mes.

4.14 Decreto Legislativo No. 871 (01.11.1996)

Modificatoria del Decreto Legislativo 855. Y fe de erratas del 02.11.96.

“Artículo 71.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.

Se modifica el monto de la indemnización por despido a una remuneración y media por cada año de servicios con un máximo de 12 remuneraciones. Esta modificación trajo enseguida la crítica de los empleadores que acusaron al Estado de encarecer el despido por los sobre costos laborales que implica. La posición de los empleadores en este caso es que el despido sin causa no debe estar sujeto al pago de ninguna indemnización. Es una posición exagerada que no tiene en cuenta la dignidad del trabajador y la causalidad del despido.

Desde nuestro punto de vista, las normas citadas, nos informan y permiten verificar que en nuestro País la regulación de la terminación de la relación de trabajo por voluntad del empleador, y en especial la del despido sin causa ha estado presente desde la primera regulación (Código de comercio) hasta la última el TUO del Decreto Legislativo No. 728, DS No. 003-97-TR). Se ha legislado pendularmente, de permitir hasta prohibir el despido sin causa. Merece resaltar, que a partir de la década del 70 en el Perú (Gobierno Militar de Juan Velasco Alvarado), la legislación fue más protectora del trabajador, prohibiendo que el trabajador sea despedido sin motivo o sin causa, hasta llegar a su Constitucionalización en la Carta Magna de 1979. Este importante avance en la protección del trabajador se materializa con la reglamentación del precepto constitucional con la Ley 24514, que recoge e incorpora el Convenio 158 y la Recomendación de la OIT, *sobre la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, que debe fundarse en causa justa, previo proceso en que el trabajador ejerza el derecho de defensa.*

Luego esta protección del trabajador, a partir de los años 90 es cuestionada por los empleadores⁷² y la política laboral del Gobierno del presidente

⁷² (...) *“La regulación laboral debe asegurar un balance entre la protección de los derechos fundamentales del trabajador y el adecuado funcionamiento del mercado de trabajo. Así, resulta necesario armonizar estas dos visiones, de manera que se tenga la eficiencia que el mercado impone a través de la libre competencia, a la vez que ciertos mecanismos básicos de protección social. El debate, por tanto, no es entre regular y no regular, sin sobre cómo regular mejor”. “...Así, por ejemplo, un incremento en el costo de despedir a un trabajador que la ley asigna al empleador puede ser absorbido, en parte, por el empleador y en parte por el mismo trabajador a través de un menor salario. Otra posibilidad es que también sea absorbido por los trabajadores desempleados, que ven reducidas sus posibilidades de encontrar un empleo porque los empleadores perciben un mayor costo de contratar a alguien”. “... Actualmente la legislación laboral provee beneficios laborales por encima del promedio que se observa en el mercado. Esto, por un lado, promueve la informalidad y, por otro, tiende a comprimir el salario en las empresas formales”. “... Para enfrentar el problema de la informalidad asegurando derechos fundamentales y manteniendo un nivel de protección adecuado, la estrategia central es reducir el costo del contrato formal permanente. Los instrumentos son: la reforma de la protección del empleo y el alineamiento de los costos no salariales con los niveles de productividad de la mayoría de empresas...”.*

Fujimori puede verificarse de las normas citadas textualmente, y en especial la que regula sobre la terminación de la relación de trabajo, *introduciendo el régimen del despido sin causa para los trabajadores que sean contratados a partir de la vigencia de la norma*⁷³. Legislación que abiertamente era incompatible con el Artículo 48 de la Constitución Política de 1979; para superar ello, se considero proponer al CCD incluya en el articulado de la nueva constitución la regulación existente utilizando la frase protección contra el despido arbitrario; en la Constitución Política de 1993, el Constituyente considera referirse vagamente a la adecuada protección contra el despido arbitrario, dejando reservada su reglamentación y desarrollo a una posterior ley.

Por los hechos acontecidos en el País, podemos concluir que la regulación laboral, ha optado por la modificación unilateral de las normas que regulan el despido, la derogación del estatuto protector del trabajador a nivel constitucional, leyes y reglamentos, lo que demuestra que en el Perú se ha producido la desregulación de la normativa laboral, disminuyendo la protección del trabajador en materia de despido.

Esta flexibilidad laboral, surge en el contexto nacional como necesaria, como lo explica el Estudio elaborado por GRADE: (...) “5. Reflexiones Finales. (...) Sin embargo, las reformas estructurales de inicios de los

Jaramillo Baanante, Miguel, Informe de Consultoría, La Regulación del Mercado Laboral en Perú, Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), Lima, 2004, p. 2, 58, 59.

⁷³ (...) “En 1991, durante el primer gobierno de Fujimori, se produjo una considerable reforma en la regulación laboral. En primer término, la estabilidad laboral es eliminada parcialmente. El Decreto Legislativo 728 (Ley de Fomento al Empleo) estableció que los trabajadores contratados luego de su promulgación no contarían con la estabilidad laboral. Sin embargo, los trabajadores con “derecho adquirido”, reconocido por la Constitución de 1979. En consecuencia, durante algunos años ambos regímenes coexistieron. Adicionalmente, la reforma de 1991 redujo las indemnizaciones ... luego de la promulgación de una nueva Constitución en 1993 - a través de la Ley 26513 de julio de 1995 -el gobierno eliminó por completo la estabilidad del empleo reemplazándola por la protección contra despidos arbitrarios”. Jaramillo Baanante, Miguel, *Ob. Cit.*, p. 14.

noventa hicieron necesaria una mayor flexibilidad del empleo para que éste pudiese ajustarse a las nuevas estructuras de producción generadas por los procesos de apertura económica y competencia. Los cambios legislativos observados durante los noventa **permitieron reducir los costos de despido**. Por un lado, el pago de la indemnización por despido se redujo considerablemente en comparación con el esquema vigente en los ochentas (...), por otro lado, **la estabilidad laboral absoluta fue reemplazada por la protección contra el despido arbitrario en 1995, eliminándose la reposición del trabajador en el empleo**⁷⁴ (resaltado nuestro).

Merece resaltar, por ejemplo las justificaciones que se dieron para modificar la legislación relativa a la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador: despido, en el plano legal y constitucional.

El Decreto Legislativo No. 728, noviembre 1991, denominada Ley de Fomento del Empleo, precisa en la exposición de motivos que *“los más recientes desarrollos y evoluciones del pensamiento económico, coinciden en asignarle al mercado un rol fundamental en la asignación eficiente de recursos, y el mercado de trabajo no constituye una excepción a esta regla general”*.

La LFE fue expedida por el Poder Ejecutivo al amparo de las facultades otorgadas por el Congreso mediante la Ley 25327 para “flexibilizar las modalidades de contratación laboral (...) respetando las normas constitucionales de estabilidad laboral”, de acuerdo con la Constitución de 1979 aún vigente, “quedando claramente identificados los dos grandes ejes a los debía ceñirse la reforma, “flexibilización” de un lado, y “estabilidad en

⁷⁴ Saavedra Chanduvi, Jaime y otros, *Documento de Trabajo 28, Estabilidad Laboral e Indemnización, Efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano, Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), Lima, 2000 p. 37*

el empleo”, del otro” (Sanguinetti,1993)⁷⁵. Al respecto, también David Campana, manifiesta que: el (...) *“punto culminante de este primer momento de reformas flexibilizadoras a inicios de los 90s, fue la aprobación de la nueva Constitución de 1993, que consolidó las reformas operadas a nivel legal reformando cuantitativa y cualitativamente el contenido de los derechos laborales constitucionales, modificando la norma de reconocimiento constitucional del derecho de estabilidad de la Constitución de 79, por una fórmula que se limita al otorgamiento de “adecuada protección” legal frente al despido arbitrario (...), lo que ha sido interpretado casi de manera unánime como la reducción de la garantía de la estabilidad de salida, y su remisión a la ley para la determinación concreta del sistema de protección con la sola especificación de que esta sea adecuada. Reste señalar que la LFE fue objeto de modificaciones sucesivas en los años 1995 (Ley 26513) y 1996 (Decreto Legislativo No. 855), profundizando sus rasgos flexibilizadores⁷⁶”.*

Sección 5. La regulación del Despido en las Constituciones Latinoamericanas

Constituciones de Latinoamericanas		
México 31.01.17	Art.123. Sección XXXI. IX.	Los trabajadores sólo podrán ser suspendidos o cesados por causa justificada, en los términos que fije las ley. En caso de separación injustificada tendrán derecho a optar por la reinstalación en su trabajo o por la indemnización correspondiente.
El Salvador 20.12.83	Art. 38. Inciso 12	El patrono que despide a un trabajador sin causa justificada está obligado a indemnizar conforme a ley.

⁷⁵Sanguinetti Raymond, *Los Contratos de trabajo sujetos a modalidad en la Ley de fomento del empleo*, En: *Asesoría Laboral* No. 26, 28, 34, Lima, 1993.

⁷⁶ Campana, David, Frelle, Herbert, *La Reforma normativa de la contratación laboral, durante los noventa: ¿Flexibilidad o precarización?*, *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina de Área y Equipo técnico multidisciplinario para los Países Andinos, Lima, 2000, p. 57.

Colombia 1991	Art. 53	El Congreso expedirá el estatuto de trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: "...estabilidad en el empleo...".
Costa Rica 07.11.49	Art. 63	Los trabajadores despedidos sin causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentra cubierto por un seguro de desocupación.
Nación de Argentina 22.08.94	Art. 14.bis.	El trabajo en su diversas formas gozará de protección de las leyes, la que asegurarán al trabajador: (...) protección contra el despido arbitrario.
Venezuela 16.03.83	Art. 88	La ley adoptará medidas tendentes a garantizar estabilidad en el trabajo y establecer que las prestaciones que recompensen la antigüedad del trabajador en el servicio y lo ampara en caso de cesantía.
Paraguay 1992	Art. 94	El derecho a la estabilidad del trabajador queda garantizado dentro de los límites que la ley establezca, así como su derecho a la indemnización en caso de despido injustificado.
República Federativa de Brasil	Art. 7	Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tienden a la mejora de su condición social: I. El contrato de trabajo protegido contra el despido arbitrario o su justa causa, en los términos de la ley complementaria que establecerá indemnización compensatoria.

<p>República de Honduras 11.01.82</p>	<p>Art. 129</p>	<p>La ley garantiza la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, (...) Cuando el despido injustificado surta efecto y firme que sea, la sentencia condenatoria respectiva, el trabajador tendrá derecho a su elección, a una remuneración...o a que se le ratifique el trabajo con el reconocimiento de salarios dejados de percibir a título de daños y perjuicios.</p>
<p>República de Guatemala 1985</p>	<p>Art. 102</p>	<p>o) Obligación del empleador de indemnización con un mes de salario por cada año de servicios continuos cuando despida injustificadamente o en formar directa a un trabajador... .</p>
<p>República de Panamá 11.10.92</p>	<p>Art. 70</p>	<p>Ningún trabajador podrá ser despedido sin causa justa y sin las formalidades que establezca la ley. Está señalará las causas justas para el despido, sus excepciones especiales y la indemnización correspondiente.</p>
<p>República del Perú 1993</p>	<p>Art. 27</p>	<p>La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.</p>

Fuente: Las Constituciones Latinoamericanas, Estudio Preliminar, Fondo Cultura Económica.⁷⁷

La Constitucionalización de los derechos laborales, constituye en el Siglo XX, la acción más importante de los Estados por regular el trabajo humano, teniendo en cuenta su rol de establecer el equilibrio necesario en las relaciones de las personas, y mayor aún de restablecer el equilibrio en la relación de trabajo, que

⁷⁷ Quiroga Laviè, Humberto, *Las Constituciones Latinoamericanas*, Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

por su propia naturaleza el empleador tiene el poder de dirección y económico frente al trabajador que sólo aporta su labor a cambio de una remuneración⁷⁸.

La legislación Constitucional de los países latinoamericanos citados, los Estados consideran que el trabajador debe ser protegido contra el despido, el despido debe ser causal y sustentarse en causal señalada en la ley; esta protección se inicia a partir de 1917 con la sanción de la Constitución de México, que es la primera que eleva a nivel constitucional los derechos de los trabajadores. Resalta además que la mayoría de las Constituciones, excluyendo la de México, han sido promulgadas recientemente y consideran que la única protección que se otorga al trabajador en caso de despido es pagar la indemnización⁷⁹. Como puede apreciarse, existe el predominio de la flexibilización de los derechos del trabajador partiendo desde la norma de mayor jerarquía, con lo que se asegura que la legislación de menor jerarquía sólo permitirá el pago de la indemnización en caso despido.

⁷⁸ *“En este sentido, si bien los derechos laborales no son exigibles ante el Estado, la intervención de éste resulta necesaria a efectos de establecer el marco jurídico en que deben desenvolverse las relaciones entre el capital y el trabajo, actuando como factor corrector, - a través de la norma reguladora - , del desequilibrio que inevitablemente se produce entre ambos si quedaran librados a las leyes del mercado. (...) La más importante concreción jurídica de esta función reguladora y ordenadora del Estado social en el ámbito de las relaciones de trabajo es la constitucionalización del Derecho de Trabajo en virtud de la cual “los derechos y deberes laborales básicos acceden a la parte dogmática de las Constituciones, reconociéndoles de este modo su capital importancia para el orden político”. Carrillo Calle, Martín, Constitución, Trabajo y Seguridad Social, ADEC-ATC, Lima, 1993,*

⁷⁹ *“(…) Las Constituciones de Honduras y México reconocen al trabajador despedido injustificadamente, la opción entre la reposición en el puesto de trabajo o el cobro de una indemnización. Sólo esta última opción, como medio reparador, esta señalada en los textos constitucionales de Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá y Paraguay”. Carrillo Calle, Martín, Los derechos laborales en las Constituciones Hispanoamericanas: bases para un Estudio Comparado, en Ob. Cit., p. 74*

Sección 6. Regulación del Despido en los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

Convenio 158 OIT (02.06.82)

Parte II. Normas de aplicación general

Sección A. Justificación de la Terminación

Artículo 4. No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

(...)

Sección C. Recurso contra la terminación

Artículo 8.

El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal de trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro. (...)

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

Recomendaciones OIT

Recomendaciones OIT	Materia
<p>No. 166 Año 1982</p>	<p>Sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.</p>
<p>No. 119 (derogada por la R. 166) Año 1963</p>	<p>Sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.</p> <p>“Recomendó ciertas normas fundamentales relativas a la justificación de la terminación de la relación de trabajo... constituyó en el plano internacional, el punto culminante de la evolución del concepto según el cual el trabajador debería estar protegido contra la terminación arbitraria e injustificada de la relación de trabajo y contra las dificultades económicas y sociales que entraña la pérdida del empleo**”.</p>

* Estudio General del Convenio 158 y Recomendación 166, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2008⁸⁰.

El Convenio 158 de la OIT, considera que la **terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador debe necesariamente fundarse en una causa justa**⁸¹; previo al despido el trabajador debe tener derecho a ser oído

⁸⁰ Estudio General elaborado con motivo de la 303 reunión del Consejo de Administración de la OIT, en noviembre de 2008, sobre la situación del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (Número 158). Anexo V, En Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo. Documento de Reunión, 09 de marzo del 2009.

⁸¹ “La Comisión de Expertos recordó más de una vez que la necesidad de fundamentar el despido en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del convenio. La Comisión de Expertos sostuvo que al adoptar este principio, a tenor del artículo 4, -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-. En realidad, el artículo 4 del Convenio no se limita a obligar a los empleadores a justificar los despidos, sino que ante todo exige que en virtud del principio fundamental de justificación no se despida a un trabajador salvo que para ello

por su empleador. Esta norma tiene como propósito esencialmente proteger al trabajador frente al despido sin causa, y precisa que **los Estados deben considerar en sus legislaciones la posibilidad de reparar el despido con la reposición y/o la indemnización.**

La OIT considera que el despido de un trabajador debe tener una justificación. “(...) El requisito de la justificación del despido se entiende aquí el requisito de que el empleador debe tener un motivo válido para poder despedir a un trabajador; dicho con otras palabras, el trabajador tiene derecho de no ser despedido sin justificación. La inobservancia de este derecho puede ser sancionada por la obligación de reintegrar al trabajador en su empleo o de pagarle una indemnización, o ambas cosas, previo un procedimiento de recurso (...). Para que se considere que un país ha incorporado en su legislación el principio de la justificación, este requisito debe aplicarse tanto al despido con preaviso e indemnización, donde estén previstos, como al despido sin uno ni otra”⁸².

Este Convenio tienen como objetivo principal establecer normas mínimas⁸³⁸⁴ de carácter internacional⁸⁵, para los Estados que ratifiquen o no el Convenio, ya

exista un motivo relacionado con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa”. Nota sobre el Convenio 158, ob. Cit., p. 1-2.

⁸² *Capítulo II La exigencia de la justificación del despido. Informe VIII (1) Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Octavo punto del orden del día. Conferencia Internacional del Trabajo, 76 reunión, 1981. OIT, Ginebra, pág. 14.*

⁸³ *“D. Observaciones finales. (...) En este sentido, las disposiciones del Convenio no son restrictivas, sino que establecen una base mínima común para adoptar una legislación sobre protección del empleo que no comprenda umbrales cuantitativos... Se puede considerar que el Convenio permite que cada Estado miembro determine los requisitos específicos y necesarios para dar efectos a sus disposiciones, ajustándolas a las características del respectivo mercado de trabajo. En este sentido, cabe señalar que seis de los países que ratificaron el Convenio figuraron entre los 35 primeros países donde existe una mayor facilidad para hacer negocios, según la clasificación Doing Business Economy Rankings del Grupo del Banco Mundial (2008). Por consiguiente, se puede considerar que el Convenio no resulta un obstáculo para hacer negocios (...).” Ob. Cit., p. 29-30.*

que sus normas pueden ser utilizadas como fuente de derecho al momento de decidir sobre la protección a otorgar al trabajador frente a la decisión del empleador de dar terminada la relación laboral.

Recientemente, la Comisión de Expertos, en el Estudio General presentado sobre el Convenio 158 y Recomendación 166, precisa que pese *“haber sido sancionados en el año de 1982, no han perdido su vigencia y pertinencia, especialmente en el contexto actual (mundialización de la economía), tampoco -“constituye obstáculo alguno, sino que, por el contrario, favorece los ajustes estructurales. La estabilidad y la flexibilidad tienen una interdependencia mutua. La Comisión subraya que la protección adecuada contra la terminación no está en contradicción, en principio, con las nuevas formas de relaciones de trabajo, que permiten a las empresas la adaptación de los recursos humanos a las transformaciones que su producen en el plano económico”-*. Es decir, las normas contenidas en el Convenio se adaptan a nuestro tiempo, donde Estados y Empleadores demandan flexibilidad de las normas laborales que supuestamente causan rigidez y costos, desmotivando la inversión y creación de empleo.

⁸⁴ *“(…) Es explicable teniendo en cuenta que los Convenios de la OIT buscan establecer una protección mínima de los derechos del trabajador”(…)*. Blancas Bustamante, Carlos, *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*, 2da. Edición, ARA Editores, 2006, p 72.

⁸⁵ *“Fundamentos 12. (...) Debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4 del Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva el menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. (...)”*. Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio del 2002, Expediente No. 1124-2001-AA/TC, Lima, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú SA y Fetratel.

Sección 7. El Despido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales (1988).

El despido del trabajador, también ha sido materia de Convenios regionales, como la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo ha sido ratificado por el Perú.

Como lo ha precisado el Tribunal Constitucional, sus normas son derecho mínimo para los Estados. Ello quiere decir que el Estado puede otorgar una mayor protección que la que establece las cláusulas del convenio o tratado.

Las normas del Protocolo, y sobre derechos humanos, al igual que las normas de nuestra Constitución, tienen nivel constitucional⁸⁶, consecuentemente son fuentes de derecho y prevalecen sobre cualquier otra norma.

El Protocolo citado, precisa que el trabajador tiene como derecho mínimo a la estabilidad en el empleo, y que solo por causa justa puede concluir la relación de trabajo. La reposición o la indemnización son los mecanismos que garantizan el derecho.

(...)

Artículo 7.- Condiciones Justas, equitativas y satisfactorias de trabajo.

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

⁸⁶Neves Mujica, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Ara Editores, Lima, 1997, p. 56.

(...) d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesionales 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;

(...).

Entonces el Protocolo, así como el Convenio 158 de la OIT, coinciden en reforzar la tesis de que el empleador sólo puede dar por terminada la relación de trabajo cuando exista una causa justa. La causa justificada debe estar previamente señalada en la Ley, para evitar arbitrariedad y excesos para las partes de integran la relación laboral.

Sección 8. El Despido en el Proyecto de la Ley General del Trabajo y Proyectos de Ley en el Congreso de la República

Los proyectos de ley que a continuación citamos, demuestran la actualidad de tema, y en especial lo conflictivo de su regulación por los intereses que están de por medio. Estos proyectos tramitados en el Congreso no han concluido como leyes del Estado, y en el caso de la Ley General de Trabajo (LGT) ha quedado pendiente su discusión en el Pleno del Congreso. Es necesario, resaltar de esta información, que los proyectos refieren que sólo puede tolerarse el despido fundado en causa justa, y de producirse el despido arbitrario o sin causa, este origina la reposición, o la indemnización como contempla el proyecto de LGT, para todos los casos (despido justificado o injustificado). Otro aspecto importante, es que estos proyectos han sido promovidos y en otros han intervenido sindicalistas connotados aceptando en algunos casos el dictamen que no aprueba el proyecto de ley presentado.

Citamos a continuación los proyectos de ley relacionados con nuestra investigación.

8.1 Proyecto de Ley General del Trabajo

Proyecto No. 13138/2004 03.06.2005

(...) Capítulo V

Extinción de la relación de trabajo

Sub-Capítulo II

Causas Justas de Despido

Artículo 160.- Exigencia de causa justificada para el despido

Sólo puede despedirse a un trabajador cuando exista causa justificada establecida por la ley.

La causa justificada debe estar relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa.

Sub-Capítulo VI

Impugnación del Despido

Artículo 172.- Despido Injustificado

El despido es declarado injustificado cuando el trabajador lo impugna como tal y el empleador no prueba en el juicio la existencia de la causa invocada en su carta de despido. En este caso el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización a que se refiere el artículo siguiente. Puede demanda simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social.

Artículo 173.- Indemnización por despido injustificado

La indemnización por despido injustificado es equivalente a cuarenta y cinco (45) días remuneración ordinaria por cada año completo de servicios (...) con un máximo de ocho años (...).

Congresistas: Dora Nuñez Dávila, José Luis Risco Montalvan,

8.2 Proyecto de Ley No. 14616/2005-CR

21.04.2006

La Congresista de la República que suscribe: Dora Nuñez Dávila, del Grupo Unión Parlamentaria Descentralista, al amparo de lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú propone el siguiente Proyecto de Ley:

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 34 DEL TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO No. 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO No. 003-97-TR.

Artículo 1.- Objeto de la Ley

Modifícase el contenido del Artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; que fue aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR, en el siguiente sentido:

Artículo 34.- El despido del trabajador fundado en causas justificadas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho, a su elección, a ser repuesto en su centro de trabajo o al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 el cual incluirá obligatoriamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38.

(...)

Lima, 24 de abril del 2006

Congresista Dora Nuñez Dávila.

Estado: Con dictamen favorable, se quedo pendiente en la Agenda.

8.3 Comisión de Trabajo de 30.11. 2006

Comisión de Trabajo del Congreso elimina despido arbitrario⁸⁷

“La Comisión de trabajo del Congreso aprobó hoy la eliminación del artículo que estipula las condiciones del despido arbitrario, en el marco de la discusión para elaborar el proyecto de la Ley General del Trabajo.

El artículo eliminado especificaba las condiciones en que el empleador puede despedir a un empleado sin justificación, con la correspondiente indemnización para el mismo.

Hoy la comisión encargada anuló este artículo, reemplazándolo por otro en el que se determina que la única compensación posible para el despido injustificado sea la reposición del trabajador.

Esta medida provocó inmediatas reacciones desde distintos sectores del empresariado nacional”⁸⁸.

Igualmente, el congresista Luis Negreiros, miembro de la Comisión, afirmó **“que lo que se ha hecho es evitar que el despido se dé por un capricho del**

⁸⁷http://agenciaperu.com/economia/2006/nov/despido_arbitrario.html. agencia Perú.com.

⁸⁸ El presidente de la Cámara de Comercio de Lima, Samuel Gleiser, se mostró muy en desacuerdo con la norma y protestó por la manera en la que la mencionada comisión ha venido llevando la aprobación de los artículos de la polémica ley. “Al parecer en las dos últimas sesiones ha primado la opinión de sindicalistas del congresista Luis Negreiros y no las propuestas que manejó la comisión”, afirmó. Según Gleiser, lo que se necesita es una mayor flexibilidad en las contrataciones y despidos del personal, pues de lo contrario los únicos privilegiados serán aquellos que tienen un contrato de largo plazo. Se esta legislando de espaldas a la gran mayoría que no tiene contrato. Y eso no va a mejorar la situación. Al contrario, va a favorecer la informalidad”.

empleador, exigiéndose que aduzca razones justas al momento de despedir a uno de sus empleados”(…).

8.4 Otros Proyectos de Ley

I.- Período Legislativo 2001-2006

1. Proyecto 00014 (27.07.01), MERCEDES CABANILLAS BUSTAMANTE (APRA)

ARTICULO UNICO.- Modifícase los artículos 34 y 38 del (...) “(...) Cuando el despido no exprese causa el trabajador podrá demandar alternativamente su reposición en el trabajo o el pago de una indemnización a que se refiere el artículo 38”.

“Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios con un máximo de treintiséis (36) remuneraciones. Su abono procede superado el período de prueba”.

2. Proyecto 00135 (27.07.01), LUIS ALVA CASTRO (APRA)

“ARTICULO 3.- DESPIDO ARBITRARIO.- Incorpórese (...) los artículos 34 A y 34B (...)

Artículo 34 A.- El despido arbitrario extingue el vínculo laboral a partir de la certificación del pago de beneficios sociales, indemnización por despido y derechos que por cualquier otro concepto le correspondan al trabajador. El despido arbitrario sólo es aplicable hasta el diez (10) por ciento de trabajadores de la empresa por año calendario”. (...)

Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente (...), con un máximo de treinta y seis (36) remuneraciones (...).”

3. Proyecto 00368 (17.08.01), JAVIER DIEZ CANSECO C. (UNION PARLAMENTARIA DESCENTRALISTA).

ARTICULO UNICO.- Modificase los artículos 34 y 38 del DS 003-97-TR (...)

Artículo 34.- (...) En los casos de despido injustificado, o cuando la causa no ha podido ser probada en juicio, el trabajador podrá demandar alternativamente por su reinstalación en el empleo o el pago de indemnización a que se refiere el artículo 38". (...)

4. Proyecto 00568 (04.09.01), JUAN RAMIREZ CANCHARI (PERU POSIBLE).

Artículo 1.- Modificase los artículos 38 ... del Decreto Legislativo No. 728 (...)

Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media mensual ... con un máximo de treintiséis (36) remuneraciones. (...)"

5. Proyecto 03085 (03.06.02), JOSE LUIS RISCO M. (UNIDAD NACIONAL).

Artículo 1.- Modificase el artículo 29 del Decreto Legislativo No. 728 (...)

Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo: (...)

h) La omisión de la carta de comunicación del despido al trabajador que configura al despido de hecho. (...)"

6. Proyecto 08382 (29.09.03), YONHY LESCANO ANCIETA (SOMOS PERU, AP)

Artículo 1.- Modificase los artículos 29 y 38 del TUO (...)

Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por objeto: (...) f) cuando el despido se produzca contra uno o más trabajadores como resultado de una política de la entidad, el sector o el Estado y afecte los derechos del trabajador"

Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año ...con un máximo de doce (12) remuneraciones. (...)

II.- Período Legislativo 2006-2011

1. Proyecto 00126 (06.09.06), VICTOR MAYORGA MIRANDA (NACIONALISTA UNION POR EL PERU).

Artículo 1.- Modifícase el artículo 34 del Decreto Legislativo No. 728 (...)

(...) “Si el despido es arbitrario por no poderse demostrar la causa invocada en juicio; o si el despido es incausado; o si el despido es fraudulento ... el trabajador, a su elección, podrá demandar el pago de la indemnización establecida en el artículo 38, y simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio pendiente, o la reposición en el empleo. En este último caso y en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 38”.(...)

2. Proyecto 2135 (18.02.08), DANIEL ABUGATAS Y OTROS (GRUPO PARLAMENTARIO NACIONALISTA).

“ (...) Propone que los trabajadores de las empresas públicas y entidades estatales sujetos al régimen laboral de la actividad privada podrán solicitar la reposición en su centro de trabajo; así como que cualquier funcionario público que realice un despido arbitrario debe responder personalmente por el daño causado al trabajador y a la empresa o entidad estatal, la que tendrá la obligación de repetir contra aquél por cualquier monto que debe abonar a favor del trabajador despedido”. (...)

3. Proyecto 03615 (30.10.09), GRUPO PARLAMENTARIO NACIONALISTA.

“(...) Propone modificar el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, referente a dar protección al derecho al trabajo a aquellos trabajadores que son víctimas de un despido arbitrario”.

Sección 9. Evolución de la protección del despido en las sentencias de la Justicia Laboral y Tribunal Constitucional.

El despido sin causa, ha sido objeto de pronunciamientos de Juzgados y Salas Laborales de las Cortes Superiores de Justicia, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República, respectivamente, contenidos en Sentencias y/o Resoluciones en los procesos iniciados por trabajadores que han solicitado protección conforme a las normas existentes.

Los fallos de las Sentencias y/o Resoluciones que citaremos, pueden valorarse en el sentido que han otorgado protección a los trabajadores conforme ha ido evolucionando la legislación laboral; y en el caso de despido sin causa, desde ordenar el pago del preaviso, pagar la indemnización tarifada, o disponer la reposición del trabajador cuando estuvo vigente el sistema de estabilidad laboral absoluta. Es necesario, precisar que la reposición del trabajador despedido, también fue competencia de la Autoridad Administrativa de Trabajo (desde el año 1971 hasta el año 1986), como podrá verificarse de la jurisprudencia que citaremos.

A partir de 1993 hasta el 2010, la justicia laboral (Juzgados Laborales, Salas Laborales y Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte

Suprema de Justicia), cuando el trabajador es despedido sin causa, verificamos que la protección del trabajador consiste en ordenar a pagar únicamente la reparación indemnizatoria conforme a los años de servicios prestados al empleador, como lo dispone el artículo 34° del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

Finalmente, podemos concluir que la jurisprudencia también ha seguido la corriente de la flexibilización, respondiendo al marco regulatorio laboral flexibilizado.

9.1 Jurisprudencia Laboral y Administrativa

La parte pertinente de los fallos que contienen las sentencias y/o resoluciones que a continuación citamos, las hemos ordenado tomando como referencia las leyes laborales aplicables en su momento.

1.- 487⁸⁹. “Según el artículo 24 del Reglamento de la Ley 4916, tanto el servidor como el principal pueden dispensarse del término del preaviso de retiro, quedando el principal exonerado de la obligación de pagar los sueldos correspondientes al término renunciado”.

Ejec. de la CS. 02.08.50. R de JP No. 80, p. 1137.

2.- 820⁹⁰.- “Si la demandada no prueba la falta grave impuesta al demandante, procede el pago de despedida intempestiva”.

Ejec. de la CS 05.06.69. R de JP No. 308, p. 1141.

3.- 844⁹¹.- “Las únicas causales de rescisión del contrato de trabajo son taxativamente enumeradas en el artículo 2 del DL No. 18471,

⁸⁹ Angulo A., Jorge M., *La Jurisprudencia del Derecho Laboral en el Perú, Repertorio Sistemizado, Comentarios y Concordancias 1950-1983*, Ediciones Librería Studium, Trujillo, 1984.

⁹⁰ Ob. Cit..

cualquier otra causal que se invoque configura el despido injusto y el pago de 3 sueldos”.

Ejec. del TT de 07.04.76

4. RESOLUCION DEL TRIBUNAL DE TRABAJO DE 22-09-7592

EXP. No. 1877-75

“VISTOS; ...CONSIDERANDO: que la relación laboral especial surgida entre las partes se tipifica como “trabajo a domicilio”...que la despedida injustificada está acreditada con la respuesta del gerente de la demandada a fojas 76 vuelta a la décima novena pregunta del pliego confesional de fojas 7, en que admite haber dado término a la relación laboral por cuanto ya no necesitaba los servicios de la actora; que la Ley No. 18471, su reglamento el Decreto Supremo No.001-71-TR de 12 de abril de 1971 y su modificatoria Decreto Supremo No. 018-74-TR de fecha 26 de noviembre de 1974 no excluyen a los trabajadores a domicilio de la estabilidad laboral, por lo que procede el pago de los tres meses de remuneración y las remuneraciones dejadas de percibir al fallo a que se contrae el inciso b) del artículo 3 del mencionado Decreto Ley, así como los cincuenta jornales que señala el artículo único de la Ley No. 4239....; CONFIRMARON: la sentencia de fojas 89 y 90, su fecha 22 de mayo último, en cuanto declara fundada en parte la demanda; con lo demás que contiene; modificándola en la suma ordenada pagar por cada uno de los extremos que puntualiza; y, en consecuencia, MANDARON que Laboratorios Hersil S.A. pague a doña Moraima O. Hermoza Sáenz la suma de Quince Mil Setecientos Noventitrés Soles Oro y Setentainueve Centavos por los conceptos puntualizados; y los devolvieron al Primer Juzgado Privativo de Trabajo de esta Capital”.

5. RESOLUCION SUB-DIRECTORAL No. 289-76-913000 DE 28-10-76⁹³

“Visto: el recurso de apelación que a fs. 67 interpone el Sindicato Obrero de Confecciones Industrial Laredo, de la Resolución

⁹¹ Ob. Cit..

⁹² De Los Heros Pérez Albela, Alfonso y Morales Corrales, Pedro, *Manual Laboral*, Tomo 2, Editorial Economía y Finanzas SCRL, Lima, 1981, p.

⁹³ De Los Heros Pérez Albela, Alfonso y Morales Corrales, Pedro, *Manual Laboral*, Tomo 2, Editorial Economía y Finanzas SCRL, Lima, 1981, p. 507.

Divisional No. 229-76-919100 expedida por la Décima División de Denuncias en el seguido por el Sindicato apelante contra Industrial Laredo, sobre reposición al trabajo, Expediente No. 8434-75; y,

CONSIDERANDO:

... que por lo tanto al haber obtenido los permisos y no haberlos empleado para los fines que los requirió, el accionante ha incurrido en causales de faltas graves rescisorias del contrato de trabajo previstas en los incisos b) y c) del artículo 2 del DL 18471; no procediendo por tanto los extremos reclamados en la incoada de fs. 6, 7 y 8.

Que por las consideraciones anotadas y demás fundamentos de la recurrida procede declarar su confirmatoria; en tal sentido y con las facultades conferidas por el DS 003-72-TR, de 29 de febrero de 1972.

SE RESUELVE:

CONFIRMASE en todas sus partes las Resolución Divisional No. 229-76-919100 expedida por la Décima División de denuncias“.

6.- RESOLUCION SUB-DIRECTORAL No. 014/77-912000 de 10-01-77⁹⁴

“Visto el recurso de apelación interpuesto por Eduardo Guillot Trefogli, contra la Resolución Divisional No. 599-76-919200, en los seguidos con su principal Home Products Inc. Sucursal del Perú, sobre reposición; expediente No. 7339-75 5ta. D.D.; y,

CONSIDERANDO:

...Que conforme al inciso d) del Art. 5 del DS No. 001-71-TR, Reglamentario del DL 18471, modificado por el Art. 2 del DS No. 018-74-TR, al haber probado la denunciada la falta grave imputada al servidor despedido, es procedente desestimar la solicitud de reposición del accionante, debiendo confirmarse la recurrida, inclusive en lo resuelto en vía incidental;

⁹⁴ De Los Heros Pérez Albela, Alfonso y Morales Corrales, Pedro, *Manual Laboral*, Tomo 2, Editorial Economía y Finanzas SCRL, Lima, 1981, p. 535.

Por lo expuesto y en uso de la facultades conferidas a este Despacho por el DS No. 003-73-TR;

SE RESUELVE:

CONFIRMAR en todos sus extremos la Resolución Divisional No. 599-76-919200, su fecha 14 de diciembre de 1976, expedida por la Undécima División de Denuncias a fs. 504, 505, 506 y 507; y en consecuencia, vuelvan los de la materia a la Oficina de origen, para los fines de Ley”.

7. RESOLUCION DEL TRIBUNAL DE TRABAJO DE 04-01-80⁹⁵

EXP. No. 3671-79

“VISTOS; (...) Y CONSIDERANDO: (...) el demandante tenía derecho a que se lo cursara el aviso anticipado de despido que prescribe el Artículo 28 del Decreto Ley No. 22126 de 21 de marzo de 1978 para los trabajadores con estabilidad laboral relativa comprendidos en el inciso b) del Artículo 2, o sea de los ingresados con posterioridad a la fecha de su promulgación, que hayan superado el periodo de prueba y quienes al cumplir los tres años de servicios adquieren estabilidad laboral plena; por lo que en defecto de tal aviso le corresponde percibir la indemnización especial de 90 días de remuneración establecida por el artículo primeramente citado, por no haber superado su prestación a los tres años, mas no así la indemnización de 12 remuneraciones mensuales por despido y las remuneraciones dejadas de percibir durante el curso del proceso (...) que respecta a los trabajadores con estabilidad plena; (...) LA CONFIRMARON en lo demás que contiene; y en consecuencia mandaron que la Corporación Minera de Bolivia – COMIBOL- Oficina de Mollendo abone a don L.M.V. la suma de Treinta y dos Mil Soles Oro, por los siguientes: (...)S/ 24,000.00 por tres meses por remuneraciones por despido; dejaron sin efecto la multa impuesta a la demandada; y los devolvieron al Juzgado Privativo de Trabajo Sustituto de Mollendo”.

⁹⁵ De Los Heros Pérez Albela, Alfonso y Morales Corrales, Pedro, *Manual Laboral*, Tomo 2, Editorial Economía y Finanzas SCRL, Lima, 1981, p. 525-526.

8. RESOLUCION DEL TRIBUNAL DE TRABAJO DE 16-06-80⁹⁶

EXP. No 0951-80

“VISTOS; por los fundamentos pertinentes de la recurrida y CONSIDERANDO: que la causa se ha seguido en rebeldía del demandado y encontrándose la demandante en el período comprendido entre “más de tres meses un día y menos de tres años”, para ser despedida debió el empleador cursarle carta notarial con arreglo al artículo 28 del DL 22126, de tal manera, que al no ser exhibida la copia de la carta, se ha dado por cierto el hecho de la despedida intempestiva; que el pago de los dos sueldos a que se contrae la Ley No. 4239 es pertinente, toda vez que el criterio de dicha ley fue que el acto unilateral del empleador al despedir ocasionaba daño a la trabajadora y que por tal razón debía abonarse, aún en la época en que dicha ley fue promulgada existía un régimen de irrestricta libertad para despedir al trabajador; que por consiguiente, ese pago no está limitado al caso de ser despedida la trabajadora por falta grave no probada por el demandado, sino que es aplicable al caso de autos, CONFIRMARON la sentencia de fojas 19, su fecha 10 de febrero último, que declara fundada la demanda⁹⁷.

9.- 892⁹⁸.- *“Si al 21 de marzo de 1978 que se dio el DL 22126 el trabajador había pasado el periodo de prueba de 3 meses, se encuentra amparado por dicho dispositivo legal y goza de estabilidad. Si es despedido sin remitirse a las faltas graves previstas por dicha ley, se ha producido el despido injusto que lleva consigo el pago de indemnizaciones especiales prevista por la misma”.*

⁹⁶ De Los Heros Pérez Albela, Alfonso y Morales Corrales, Pedro, *Manual Laboral*, Tomo 2, Editorial Economía y Finanzas SCRL, Lima, 1981, p. 527.

⁹⁷ De Los Heros Pérez Albela, Alfonso y Morales Corrales, Pedro, *Manual Laboral*, Tomo 2, Editorial Economía y Finanzas SCRL, Lima, 1981, p. 591.

⁹⁸ Angulo A., Jorge M., *La Jurisprudencia del Derecho Laboral en el Perú, Repertorio Sistematizado, Comentarios y Concordancias 1950-1983*, Ediciones Librería Studium, Trujillo, 1984

Ejec. del TT 08.09.80.

10.- 896⁹⁹.- *“La falta de preaviso al empleado que trabaja menos de 3 años, lleva consigo el pago de 3 sueldos por falta del citado. También es procedente el pago del 2% sobre el monto de la indemnización ordinaria”.*

Ejec. del TT 27.01.81.

11.- *“No habiéndose demostrado el abandono del puesto, ni cumplido con cursar carta notarial, ni comunicado a la autoridad administrativa de trabajo, se considera la rescisión como despido injustificado”¹⁰⁰.*

Collazos de Manchego, Parra Solis, Beltrán Quiroga.

Exp. 0024-84, Lima 15 enero 1985

12. *“Si mediante Decreto Ley (21450, 21451) se facultó a la emplazada (Pesca Perú) para que rescinda contrato con los trabajadores que mantengan situación de huelga, se exime a la demandada, de la obligatoriedad de cursar carta notarial de despido y el pago de la correspondiente indemnización”.*

Collazos de Manchego, Parra Solis, Cervantes Carreño¹⁰¹.

Exp. 2781-84, Lima 19 febrero 1986.

13. *“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo y el trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente probada. en el caso sub-litis no se da la causa*

⁹⁹ Angulo A., Jorge M., *La Jurisprudencia del Derecho Laboral en el Perú, Repertorio Sistematizado, Comentarios y Concordancias 1950-1983, Ediciones Librería Studium, Trujillo, 1984.*

¹⁰⁰ *Jurisprudencia Laboral, Resoluciones: Tribunal de Trabajo y Comunidades Laborales, Editorial Normas Legales SA, Trujillo, 1988.*

¹⁰¹ *Jurisprudencia Laboral, Resoluciones: Tribunal de Trabajo y Comunidades Laborales, Editorial Normas Legales SA, Trujillo, 1988.*

*de fuerza mayor que aduce el demandado. porque pudo reubicar a la actora en otro de los establecimientos de su propiedad, tampoco se siguió el trámite previsto por la ley*¹⁰².

Gutiérrez Ballón, Villacorta Ramírez, Rojas Tazza.

Exp. 801-85, Lima 22 enero 1986

14.- RESOLUCION DEL TRIBUNAL DE TRABAJO DE 13-10-87¹⁰³

EXP. No. 164-87

“VISTOS en audiencia pública de 25 de setiembre de 1987, con los informes de los doctores Jaime Tori y Alejandro Robles Recavaren; por su fundamentos y CONSIDERANDO además: que en el artículo 5 de la Ley 24514 se establece con toda claridad las causales por falta grave para que proceda el despido justificado; ... que la causal invocada en el acuerdo No. 095-86, para el cese del reclamante, no se encuentra contenida en ninguno de los incisos del artículo 5 de la Ley 24514, razón por la cual la despedida es improcedente; que, además, el acuerdo de directorio de 8 de enero de 1987, posterior al despido, debe considerarse como un argumento para convalidar, en vía de interpretación de parte, el cese que sin fundamento legal ya se había efectuado, por lo que no puede aceptarse dentro del proceso; CONFIRMARON la sentencia de fs. 118 a 119 que declara fundada la demanda interpuesta por don Alejandro Robles Recavarren contra la Empresa Nacional de la Coca SA (ENACO SA) sobre calificación de despido y en consecuencia injustificada la despedida del demandante; con lo demás que contiene; y los devolvieron al Octavo Juzgado de Trabajo de Lima”.

¹⁰² *Jurisprudencia Laboral, Resoluciones: Tribunal de Trabajo y Comunidades Laborales, Editorial Normas Legales SA, Trujillo, 1988.*

¹⁰³ *De Los Heros Pérez Albela, Alfonso y Morales Corrales, Pedro, Manual Laboral, Tomo 2, Editorial Economía y Finanzas SCRL, Lima, 1981, p. 588.*

15.- RESOLUCION DEL TRIBUNAL DE TRABAJO 09-11-88¹⁰⁴**EXP. No. 692-88-CD**

“VISTOS, por su fundamentos y, CONSIDERANDO: que el derecho de huelga de los trabajadores no puede ser ejercitado en forma intempestiva y arbitraria cuando éstos quieran oponer resistencia al cumplimiento de alguna disposición del empleador; sino previa formalización de los requisitos de aviso y plazo que exige la ley; de manera que la paralización efectuada por el actor conjuntamente con otros trabajadores de la emplazada antes del término de la jornada de trabajo, constituye un virtual abandono de sus labores que trae como consecuencia la disminución deliberada de la producción a su cargo, la cual haberse reiterado en diversas fechas, pese a la advertencia cursada por la autoridad administrativa de trabajo mediante Resolución Divisional No. 001-88-2DV-DEN que corre a fs. 73, constituye la falta grave señalada en el inciso b) del artículo 5 de la Ley 24514 que justifica su despido; que el desconocimiento de algún derecho de éstos por parte del empleador debe reclamarse por las vías legales pertinentes, mas no atentar contra la productividad y la disciplina sin agotar previamente aquellos, por lo que lo resuelto por el Juez se encuentra arreglado a Ley y al mérito de lo actuado; CONFIRMARON la sentencia de fs. 99-100, su fecha 30/07/88, que declara infundada la demanda y, en consecuencia, procedente y justificado el despido de Carlos Román Riega Luciano efectuado por Fábrica de Artículos de Vidrio Yossy SA, con lo demás que contiene y, los devolvieron al Tercer Juzgado de Trabajo de Lima”.

16.- Exp. 2711-97-LIMA, 11 de julio del 1997¹⁰⁵

“El despido arbitrario sólo origina el pago de la indemnización correspondiente, en consecuencia habiendo la demandante planteado la acción de reposición y no la de nulidad de despido resulta improcedente la demanda”.

¹⁰⁴ De Los Heros Pérez Albela, Alfonso y Morales Corrales, Pedro, Manual Laboral, Tomo 2, Editorial Economía y Finanzas SCRL, Lima, 1981, p. 591.

¹⁰⁵ De Los Heros Pérez Albela, Alfonso y Morales Corrales, Pedro, Manual Laboral, Tomo 2, Editorial Economía y Finanzas SCRL, Lima, 1981.

9.2. Jurisprudencia Constitucional

El Despido sin causa o arbitrario, en las sentencias del Tribunal Constitucional también ha tenido su evolución, de aplicarse textualmente la Ley y la Constitución, para decidir que producido el despido sin causa del trabajador solo tenía derecho a la indemnización tarifada (hasta el año 2002).

Expediente No. 532-2001-AA/TC LORETO¹⁰⁶

Rafael A. Ramírez Alzamora con Banco Central de Reserva del Perú.

Acción de Amparo.

Sentencia del Tribunal Constitucional

En Lima, a los cinco días del mes de agosto del dos mil dos (...).

Fundamentos: **1.** (...) *La demandada comunicó al demandante que había decidido prescindir de sus servicios, en aplicación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR. 2.* (...) *en la que se consigna el pago de la indemnización por despido arbitrario y demás beneficios sociales que establece la normativa laboral; lo que acredita que quedó extinguida la relación laboral entre las partes, conforme lo ha establecido este tribunal a través de uniforme y reiterada jurisprudencia. (...) REVOCANDO la recurrida, que, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda; y, reformándola, la declara INFUNDADA. Dispone la notificación (...). SS AGUIRRE ROCA; REY TERRY; ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA; GARCIA TOMA.*

A partir del 2002, a raíz del caso Telefónica el TC hace un giro de su posición en 360 grados, pues precisa que nuestro ordenamiento constitucional rechaza el despido sin causa; el trabajador que se encuentra en dicha situación, puede solicitar la reposición mediante la acción de amparo; pues, en la justicia laboral sólo es posible solicitar la indemnización como hemos verificado.

El Tribunal Constitucional, para ello ha interpretado el artículo 22° y 27° de la Constitución, precisando que la adecuada protección contra el despido

¹⁰⁶ *Jurisprudencia Laboral, Tomo 2, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, p. 171-172.*

arbitrario consiste en que el despido debe fundarse en causa que justifique la terminación de la relación laboral, pues, el contenido esencial del derecho al trabajo consiste en “la proscripción del despido salvo por causa justa¹⁰⁷”, Fundamento 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio del 2002, Expediente No. 1124-2001-AA/TC Lima, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú SA y FETRATEL con Telefónica del Perú SA.

Con esta sentencia, el TC establece la piedra angular de la protección contra el despido sin causa, después se sumaría el caso Huallasgo-EMAPA, y luego el caso Baylos, en la que se establece como precedente de obligatoria observancia. La posición del TC fue objeto de comentarios de censura y elogio de empresarios y trabajadores, respectivamente. El análisis de estos fallos constituyen el tema central del Capítulo VI, respecto a la protección que otorga la justicia laboral, que como hemos citado en caso de despido sin causa solo le reconoce el trabajador el pago de la indemnización que señala la ley.

¹⁰⁷ (...) Fundamentos... Derecho al Trabajo. 12. “Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34 del TUO del Decreto Legislativo No. 726, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo No. 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización “como única reparación”. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones: a) 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 ... c) La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determina libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional”.

SEGUNDA VARIABLE: LA PROTECCIÓN EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LABORAL DEL PERÚ 1993-2010

En cuanto a la segunda variable: **“La protección en la justicia constitucional y laboral del Perú 1993-2010”**, del análisis de la información contenida en la bibliografía consultada y del texto de las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Justicia Laboral, se verifica que la función protectora del derecho de trabajo es la consecuencia inevitable en la relación laboral, para otorgar protección al trabajador como la parte más débil. Pero esta función protectora colisiona con el modelo económico liberal, porque afecta la propiedad y libertad de la que se inspira dicha concepción económica. De allí que necesariamente las normas laborales tengan que adecuarse a dicha concepción económica. Lo ocurrido en el país, a partir de 1990, significa que las normas laborales (Constitución, Leyes, Decretos Legislativos, Decretos Supremos, Reglamentos y hasta Jurisprudencia) necesariamente tuvieron que modificarse o derogarse para dar paso a una nueva legislación reflejo de la concepción económica del País. Marcial Rubio y Enrique Bernales, en sus comentarios a la Constitución Política de 1979, afirmaban que *“en lo económico, la Constitución plantea un régimen que si bien tiene ambigüedades y contradicciones, es de tendencia liberal, con un claro favorecimiento de los intereses del gran capital nacional y extranjero. Las declaraciones de propiciar el acceso de todos a la propiedad de los medios esenciales de vida, quedan como aspiraciones sin referente en las normas concretas”*¹⁰⁸. Comentario que, no obstante, corresponder a la Constitución de 1979, resulta vigente a la fecha y explica la realidad descrita.

Frente a esta realidad descrita, consideramos que se debe realizar todos los esfuerzos para hacer prevalecer la dignidad humana sobre el modelo económico. La persona humana es el eje central de toda política y norma, incluyendo el trabajo. El Papa Juan Pablo II, al referirse sobre el trabajo

¹⁰⁸RUBIO CORREA, Marcial &BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *Constitución y Sociedad Política, Mesa Redonda Editores, Lima, 1985, p. 629.*

humano en la Carta Encíclica, precisó: “(...) Quiere decir solamente que el primer fundamento del valor del trabajo es el hombre mismo, su sujeto. A esto va unida inmediatamente una consecuencia muy importante de naturaleza ética: es cierto que el hombre está destinado y llamado al trabajo; pero, ante todo, el trabajo está –en función del hombre- y no el hombre –en función del trabajo-. Con esta conclusión se llega a reconocer la preeminencia del significado subjetivo del trabajo sobre el significado objetivo. (...) Evidencia que cada uno de ellos se mide sobre todo con el metro de la dignidad del sujeto mismo del trabajo, o sea de la persona, del hombre que lo realiza (...)”¹⁰⁹.

Coincidimos con la posición del Tribunal Constitucional del privilegio de la dignidad del trabajador sobre lo económico, destacando que: “(...) no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable, sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecuencia de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre”¹¹⁰. En tal sentido, como se demostrara posteriormente, es la justicia constitucional la que ha reivindicado el principio protector –dignidad del trabajador– frente a la regulación laboral existente inspirada en la flexibilidad – aspecto económico-.

La flexibilidad está en revisión por sus defensores, y debemos reparar lo que ha sucedido en el marco de la crisis económica de los Estados Unidos de Norteamérica y Europa, que ha obligado a que el FMI revise y evalúe esta situación, y se describe así: “El viraje a tiempo del FMI. Nueva York –La reunión anual de primavera del Fondo Monetario Internacional fue notable ya que marco el esfuerzo del Fondo para distanciarse de sus propios dogmas que hace muchos años sobre los controles de capital y la flexibilidad del mercado

¹⁰⁹ Juan Pablo II, “Carta Encíclica *Laborem Exercens*”, *Sobre el trabajo humano*, Paulinas, Lima, 2002, p. 23.

¹¹⁰ STC 0008-2003-AI/TC, FJ. 14, citada por Carlos Blancas Bustamante, en *La Cláusula de Estado Social en la Constitución*, p. 132.

laboral. Parece que un nuevo FMI gradualmente –y cautelosamente- ha surgido bajo el liderazgo de Dominique Strauss-Kahn. (...) la desregulación financiera en Estados Unidos fue una causa importante de la crisis global que estalló en 2008, y la liberalización financiera y del mercado de capital en otras partes ayudó a propagar ese trauma “hecho en Estados Unidos” por todo el mundo. La crisis demostró que los mercados libres y descontrolados no son ni eficientes ni estables. (...) La crisis también puso a prueba los dogmas de larga data que responsabilizan a la rigidez del mercado laboral por el desempleo, ya que los países con salarios más flexibles, como Estados Unidos, les fue peor que a las economías del norte de Europa, entre ellas Alemania. Por cierto, conforme los salarios se debilitan, a los trabajadores les resultará aún más difícil devolver lo que deben, y los problemas en el mercado inmobiliario se agravarán (...). “En definitiva, el empleo y la igualdad son los pilares de la estabilidad y la prosperidad económica, de la estabilidad y la paz política”¹¹¹. Es decir, la desregulación y desprotección del trabajador, ha provocado que nuevamente tenga que protegerse al trabajador. A continuación presentaremos el análisis de la segunda variable y sus indicadores.

CAPÍTULO I. LA PROTECCION DEL TRABAJO

FUNDAMENTOS JURÍDICOS, POLÍTICOS, ECONÓMICOS

Sección 1. Función Protectora del Derecho del Trabajo

El trabajo, como actividad que desarrolla el ser humano para satisfacer sus necesidades, es objeto de regulación por el Estado. Esta intervención del Estado no sido producto de la casualidad, sino de su interés para garantizar la vigencia del modelo liberal, y los valores como libertad, igualdad.

¹¹¹Stiglitz, Josef E., *Caretas*, No. 2180, 12 de mayo de 2011, Lima, p.32-33.

Nuestra exploración bibliográfica, nos ha permitido conocer las explicaciones la justificación de la protección al trabajador que se han dado en el tiempo, desde que nació el trabajo subordinado.

Jevons (1835-1882), en su obra *El Estado y los trabajadores* (1882), nos explica en el prefacio que ha “llegado el momento de emprender un cuidadoso examen que nos permita entender cuáles son los principios que inspiran las acciones legislativas y cuál es el estado actual de la opinión pública en lo que se refiere al conflicto entre el trabajo y el capital y a la regulación de la industria”¹¹². (...) “Parte de un axioma: la libertad es el estado natural de las cosas, lo que no impide que en ciertos casos se justifique la injerencia del Estado. Admite que la –legislación laboral casi siempre ha sido una legislación clasista, es decir, el intento de un grupo dominante de someter a una clase inferior que había comenzado a mostrar aspiraciones inconvenientes. **Esa es la clara naturaleza del famoso estatuto de los trabajadores, que no fue sino un vano intento de impedir que los trabajadores obtuvieran por su trabajo el precio que les corresponde-** y, para dejar claro su argumento, trae a colación el libro de los aprendices”¹¹³.

Por qué el Estado ha tenido que intervenir en las relaciones trabajador-empedor. Estudiosos del derecho del trabajo coinciden en señalar que “la duración excesiva de la jornada laboral, la insuficiencia de los salarios, la inseguridad del empleo, la insalubridad y carencia de mecanismos de seguridad en los centros de trabajo [...], provocaron una reacción traducida en una serie de medidas legislativas, encaminadas a suprimir inicialmente los abusos del régimen liberal en este terreno”¹¹⁴.

¹¹² Jevons, William S., *El Estado y los trabajadores*, traducción de Estaban Flamini y Gloria Trinidad, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid, 2006, p. 47.

¹¹³ Ob. Cit. , Introducción por José A. Nieto Sánchez, p. 35.

¹¹⁴ ALONSO OLEA, Manuel, *Curso de derecho del Trabajo, Séptima Edición*, Ariel, Barcelona, 1981, p. 32.

“El intervencionismo puede ser caracterizado como la participación del Estado en la vida económico-social. [...] Su justificación [...] nace de los mismos hechos, se encuentra, incluso, en el fondo de la necesaria convivencia entre los hombres. Aparece ligado al aseguramiento de la libertad material y se vincula a un margen de eficacia, tanto más firme cuanto más seguro de que, mediante la dirección de las relaciones contractuales como instrumentos jurídicos, se consigue un más cierto predominio de la justicia en las mismas. De esta manera, junto con la eliminación de injusticias sociales, se aspira a conseguir un equilibrio entre las partes de la relación, dotando de protección a la más débil —en el contrato de trabajo, el trabajador— y compensando así las diferencias existentes para que la igualdad de los sujetos ante el contrato sea una realidad y la autonomía de la voluntad —debidamente limitada— sirva a los fines de equidad y del derecho”¹¹⁵.

Para M. Carlos Palomeque López, “la legislación obrera responde prima facie, así pues, a una solución defensiva de Estado liberal para, a través de una regulación protectora de los trabajadores, proveer a la integración del conflicto social en términos compatibles con la viabilidad del sistema establecido, asegurando de este modo la dominación de las relaciones de producción capitalistas. No es por ello ninguna casualidad que las primeras leyes obreras versen precisamente sobre aquellos aspectos de la relación laboral en que se habían manifestado los resultados más visibles de la explotación de los trabajadores, abordando así la limitación del trabajo de las mujeres y de los menores, la reducción de los tiempos de trabajo, el establecimiento de mínimos salariales o, en fin, la preocupación por las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo y la prevención de los riesgos profesionales”¹¹⁶. (...) La legislación obrera, como expresión adelantada del derecho del trabajo, responde

¹¹⁵ALONSO OLEA, Manuel, «Curso de derecho del Trabajo», En : *Formación del Derecho del Trabajo*, Séptima Edición, Ariel, Barcelona, 1981, p. 33.

¹¹⁶ Palomeque López, M. Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideología*, Séptima Edición, Revisada, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, p. 32.

históricamente a una solución defensiva del Estado liberal para, mediante la promulgación de normas protectoras de los trabajadores, atender a la integración del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital en términos compatibles con la existencia del sistema económico capitalista”¹¹⁷.

Esa regulación estatal se encuentra plasmada en normas de rango constitucional, leyes, y reglamentos, que denominaremos derecho del trabajo. Este derecho del trabajo tiene como uno de sus fines la protección del trabajo y de los trabajadores, y la regulación de las relaciones trabajador-empleador¹¹⁸. Incluso desde que surge “ha sido siempre explicado, como el **ordenamiento protector, tuitivo, del trabajador**. Esto es algo admitido, sin reservas, por todos los laboristas, incluida nuestra doctrina, y también la jurisprudencia [...], [aunque] se discute cuál es el sentido último del carácter tuitivo del derecho del trabajo, pues, **sin negar la realidad de una cierta protección al trabajador**, cabe preguntarse, si no es ésta una protección interesada, en la medida en que lo que se trataba de proteger, en definitiva, era el orden social establecido, amenazado por el movimiento obrero”¹¹⁹.

En la doctrina laboral actual, son diversas las explicaciones que se dan sobre la función o fin protector del derecho de trabajo. Así, se sostiene que “[l]a finalidad protectora del trabajador se señala desde el momento en que el Estado, expresión de la conciencia social, se da cuenta del deber jurídico de regular aquellas relaciones del trabajo que, dejadas a sí mismas, o sea a la libre

¹¹⁷ Ob. Cit., p. 34

¹¹⁸ “ ... La corriente más generalizada afirma que el derecho laboral tutela el hecho social representado por el trabajo y destaca el interés de éste por encima de los aspectos personales”. En: ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, LUÍS & CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Tratado de Política Laboral y Social, Segunda Edición, Tomo II*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1976, p. 579.

¹¹⁹ CAMPS RUÍZ Cit. por NEVES MUJICA, Javier, *Derecho Laboral. Materiales de Enseñanza*, PUCP, Lima, 1988, p. 31.

contraposición y al acuerdo de las voluntades, engendrarán miserias, dolores, desesperaciones, que acaban por agotar y destruir las energías humanas, en perjuicio del más alto interés colectivo de la paz social, y de la salud física y moral de la raza. Una aplicación puramente mecánica de las fuerzas sociales en el terreno económico, sin frenos jurídicos, sin regulaciones éticas, que dejan las soluciones al triunfo del más fuerte, del más hábil o del menos aprensivo, con la consiguiente ruptura del equilibrio social, se revela agresivamente en fenómenos (...) que al fin han determinado movimientos de reacción y protesta, entre los cuales figura, con caracteres muy específicos, el que ha cristalizado en la protección legal de los trabajadores”¹²⁰.

Por lo demás, “[...]el derecho del trabajo como estructura institucional orientada a ofrecer una regulación equilibrada de las relaciones de trabajo mediante la actuación combinada de la intervención protectora del Estado y la libre actuación de los sujetos colectivos en defensa de sus intereses es perfectamente reconocible dentro del texto constitucional, encontrándose sus principales instrumentos e instituciones garantizados al máximo nivel normativo [...] La tutela o protección del trabajo [...] es aquí donde encuentra sus fundamentos, como es evidente, la intervención estatal protectora, dirigida a hacer posible una fijación equilibrada de las condiciones de trabajo y el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales de quienes prestan sus servicios en condiciones de dependencia.”¹²¹

Por lo tanto, las normas constitucionales “pueden ser consideradas, antes que un acicate, un claro freno a cualquier pretensión de desregular el funcionamiento del mercado de trabajo. Así pues, la “garantía de [los] derechos

¹²⁰ALCALA-ZAMORA YCASTILLO& CABANELLAS DE TORRES, *Ob. Cit.*, p. 580

¹²¹SANGUINETI R., Wilfredo. «Derechos laborales, Derechos Pensionarios, Justicia Constitucional, Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social». En: *La Protección de los derechos laborales en la Constitución Política de 1993. Impreso Gráfica, Lima, 2006, p. 45.*

constitucionales de carácter social “opera como un elemento de conservación y consolidación del derecho del trabajo”, a partir del cual es posible hacer frente con éxito a “la puesta en duda de la esencia misma del derecho del trabajo y su función protectora, por tendencias neoliberales de desreglamentación o flexibilización de la norma laboral”¹²².

Plá Rodríguez, pone especial atención en el “principio protector” y señala que es el *“criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. Mientras que en el derecho común, una preocupación constante parece asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes”*¹²³. Agrega como fundamento de este principio que *“históricamente el derecho del trabajo surgió como consecuencia de que la libertad de contratación entre las personas con desigual poder y resistencia económica conducía a distintas formas de explotación. Incluso, las más abusivas e inicuas. El legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre las partes del contrato de trabajo y tendió a compensar esa desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable al trabajador”*¹²⁴.

Hasta aquí, queda evidenciado que el derecho de trabajo es protector por excelencia del trabajador para mantener la vigencia del sistema político y económico. Sin embargo, más allá de todo lo señalado en los párrafos precedentes, consideramos que la esencia de esta protección es por la “dignidad” del hombre. Los orígenes de este planteamiento apuntan hacia Marx cuando afirmó, que “el trabajo no es una mercancía”. Así lo reconoce también

¹²² Rodríguez Piñero, M., *Justicia Constitucional y Relación Laboral, Temas Laborales*, 1990. p. 10.

¹²³ PLÁ RODRÍGUEZ. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 2da. Edición, Depalma, Buenos Aires, p. 23.

¹²⁴ *Ibid.* p. 25.

la Constitución de la OIT, que declara expresamente que “*el trabajo no es una mercancía*”. Esta declaración apadrina al derecho de trabajo en su nacimiento como disciplina autónoma y, desde su origen, le inspiran la vocación para ser uno de los abanderados del derecho social moderno. Esta declaración pone fin al concepto de que el trabajo podría ser objeto de una relación jurídica pertinente del derecho común de las obligaciones. Ello importa un cambio no sólo en cuanto a la interpretación de las normas jurídicas, sino que también influye decisivamente en la formación y en el contenido del “nuevo derecho”. La personalidad, dignidad y libertad del trabajador, que son preocupación del derecho del trabajo moderno, no se concilian con las ideas individualistas. El derecho del trabajo moderno es humanista¹²⁵.

Es verdad que el “derecho de trabajo apareció en leyes particulares [...], pero su madurez se alcanzó cuando su idea cobró cuerpo y pudo expresarse en una fórmula. En el mundo internacional, fue en el Tratado de Versalles, suscrito en junio de 1919, al crearse la OIT, en que se consignó en el artículo 427: *El principio fundamental del derecho del trabajo consiste en que el trabajo no debe considerarse como una mercancía o un artículo de comercio*. Posteriormente, en la Quinta Conferencia Internacional Americana (1923), los Estados concurrentes ratificaron el principio en la Carta de Organización de los Estados Americanos, Bogotá 1948, en ella se hizo [...] mención que “el trabajo no será considerado como un artículo de comercio”. [...] Los principios y las declaraciones transcritos son la expresión del principio rector y de los fines del derecho del trabajo, y de ellos se deduce una conclusión que resulta esencial para su efectividad: sus fines, la dignidad y la satisfacción de las necesidades de la persona–trabajador están por encima de todo lo que no sea la defensa de los valores humanos. Con ello, el derecho regresó a la fuente de la que nunca debió salir: el hombre. De ahí que en el conflicto entre las finalidades del derecho de trabajo y las llamadas exigencias de la economía en general y de

¹²⁵KROTOSCHIN, Ernesto. *Tendencias Actuales en el Derecho del Trabajo*, EJEA. Buenos Aires, 1959, p. 35-38.

las empresas en particular, el jurista no tenga más solución que inclinarse ante el derecho del trabajo”¹²⁶.

Conviene decir, finalmente, que “la dignificación del trabajo [...] se obtiene a través de las normas que regulan las prestaciones individuales de servicios. [...] La finalidad de las normas legales consiste en la defensa de la persona humana contra el excesivo desgaste de energía y la consecuente preservación de la salud, en la creación de un nivel decoroso de vida para el trabajador y su familia, y en la estabilidad de los obreros en su empleos”. Las medidas concretas dirigidas a la obtención de los anteriores propósitos son: los principios acerca de la jornada de trabajo, de los días de descanso y de las vacaciones, las reglas sobre el salario y normas relativas a la duración, suspensión, rescisión y terminación de las relaciones de trabajo”¹²⁷.

Por tanto, la dignidad¹²⁸ de la persona como trabajador, constituye el motor fundamental por el cual se protege como “ser que no puede ser objeto del mercado y cuyas necesidades no deben quedar libradas al arbitrio de este”¹²⁹: La dignidad es el fundamento de todos los derechos de la persona, que se

¹²⁶ IZQUIERDO Y DE LA CUEVA, Ana Luisa (Comp.), *El Humanismo Jurídico de Mario de la Cueva (Antología)*. Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994, p 527-528.

¹²⁷ *Ob. Cit.*, p. 330.

¹²⁸ “(...) el otro gran valor o metaprincipio de los derechos humanos, lo que coloca al derecho del trabajo en el tronco mismo del sistema de derechos fundamentales. En efecto, todos los derechos humanos se basan en los valores de igualdad y dignidad, mientras que la tutela laboral procura –entre otros objetivos-, preservar la dignidad del trabajador. (...) De este modo, la protección del trabajador se apoya en la igualdad y en la dignidad. (...) Por eso, el derecho del trabajo, que protege a todos los trabajadores, con mayor razón protege a los más expuestos, generalmente discriminados, a los más débiles entre los débiles. Así es como se llega a la no discriminación, a partir de la igualdad, la dignidad y la protección”. Ermida Uriarte, Oscar, *Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y no Discriminación*, en *Derecho y Sociedad, Revista de los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP*, Año XXI, Nro. 37, Diciembre 2011, p. 16-17.

¹²⁹ Blancas Bustamante, Carlos, *La Cláusula de Estado Social en la Constitución, Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011, p. 213.

plasman a nivel Constitucional, legislativo y jurisprudencialmente lo ha establecido el Tribunal Constitucional al señalar que (...) la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico”¹³⁰, (...) impone al Estado diversas obligaciones, tanto de protección como de promoción”¹³¹. Por lo tanto, “la dignidad humana es la piedra angular de los derechos fundamentales y soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social, como afirma Landa”¹³².

El Tribunal Constitucional, ha reafirmado su posición respecto a que la dignidad de la persona constituye el fundamento indiscutible de los derechos sociales: “(...) la **dignidad de la persona supone el respeto del hombre** como fin en el mismo, premisa que debe estar presente en todos los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas”. También, precisa que “El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en **la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección** de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada”¹³³.

Precisamos entonces, que el respeto y protección del trabajador tiene fundamento en la dignidad. Cogito ergo sum, esta es la esencia de la protección.

¹³⁰ STC 0008-2003-AI/TC, FJ. 14

¹³¹ STC 3208-2004-AA/TC, FJ. 3

¹³² Blancas Bustamante, Carlos Ob. Cit., p. 215.

¹³³ STC 2495-2003-AA/TC, FJ. 19

Dos instrumentos sobre derechos humanos, lo precisan “(...) la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”¹³⁴, y “(...) la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana (...)”¹³⁵.

Sección 2. Fundamentos Jurídicos y Doctrinarios

La “función protectora”, esencia del derecho de trabajo, como hemos precisado tiene sustento en la dignidad de la persona, y con tal motivo se han desarrollado principios y normas que han logrado su reconocimiento y fuerza a través de la Constitución, leyes, reglamentos y jurisprudencia. Entre los principios que guardan estrecha correspondencia con la protección contra el despido arbitrario, se encuentra el “principio de continuidad”. Este principio — descrito y definido por diversos laboristas— nos lleva a afirmar que el trabajador tiene derecho a conservar el puesto de trabajo mientras no exista una causa justa que justifique la terminación de la relación laboral.

Analizando dicho principio en relación a la estabilidad laboral, Blancas Bustamante¹³⁶, citando a Américo Plá, destaca los siguientes alcances: “1) *preferencia por los contratos de duración indefinida*; 2) *amplitud para las transformaciones del contrato*; 3) *facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidad en que se haya incurrido*; 4) **resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal**; 5) *interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones*; 6) *prolongación del*

¹³⁴ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹³⁵ Preámbulo del Protocolo de San Salvador.

¹³⁶ Blancas Bustamante, Carlos, *El Derecho de Estabilidad en el Trabajo, Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, Lima, 1991, pp. 22-28.*

contrato en casos de sustitución del empleador". Para él, la aplicación principal del principio es "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 convicción de que la relación de trabajo sólo se debe poder disolver válidamente cuando existe algún motivo justificado". Igualmente, para De Ferrari "la nueva legislación del trabajo tiende a darle al contrato de trabajo una duración indefinida, que antiguamente estaba prohibida por el derecho civil". También afirma que "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".

Blancas Bustamante, cita también a De la Cueva, quien sostiene 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 estabilidad empleos y la segunda es su seguridad o garantía; si esta seguridad falta, la sería una mera ilusión". [...]Más aún, "De la Cueva encuentra la raíz del principio de continuidad o permanencia en la protección jurídica del trabajador frente al despido sin causa: "El derecho mexicano del trabajo quebró las normas del viejo derecho civil: el principio contenido en el artículo 123 de la Constitución, según el cual, los trabajadores no pueden ser separados de sus empleos sino por causa justa, permitió a nuestra legislación entrar a fondo en el problema y postular la tesis de la permanencia de las relaciones de trabajo en tanto subsistan las causas y la materia que le dieron origen y no surja una causa razonable de disolución, tesis que, a su vez, condujo a la doctrina de que no es posible dejar a la voluntad

libre del empresario la denuncia de las relaciones de trabajo o la fijación de un término de duración”.

Para Oscar Ermida, “una noción más precisa —o por lo menos más concreta— de estabilidad no la ubica en el ámbito de los principios, sino en el terreno mucho más definido de la extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Definida aquí como el *derecho del trabajador a permanecer en su empleo a menos que exista una causa justificada para separarlo*”¹³⁷.

Compartimos el criterio del profesor Carlos Blancas, cuando afirma que (...)

*“la estabilidad en el trabajo, concebida como un derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa o como una limitación a la facultad del empleador 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”*¹³⁸.

Sección 3. Fundamentos de carácter político, social y económico del Derecho de Trabajo.

Ahora consideramos necesario demostrar que las normas jurídicas —en especial las de trabajo— tienen sustento en una concepción ideológica —fundamento político, social y económico—. Esta afirmación nos lleva a sostener que las instituciones que en la actualidad se han plasmado en el texto constitucional, leyes y reglamentos, responden al modelo económico neoliberal, que utiliza como herramienta *la flexibilización de las normas*.

¹³⁷*Ibid.* p. 27.

¹³⁸*Ibid.* p. 28.

Demostrar ese vínculo, en este capítulo, nos permitirá establecer que la protección del trabajador depende del modelo económico que adopta el Estado. Fenómeno que puede apreciarse desde que el trabajo se desarrolla para un empleador. Así lo describe Adam Smith: "(...) Los salarios del trabajo dependen generalmente, por doquier, del contrato concertado por lo común entre estas dos partes, y cuyos intereses difícilmente coinciden. El operario desea sacar lo más posible, y los patronos dar lo menos que puedan. Los obreros están siempre dispuestos a concertarse para elevar los salarios, y los patronos para rebajarlos. (...) Los patronos, siendo menos en número, se pueden poner de acuerdo más fácilmente, además que las leyes autorizan sus asociaciones o, por lo menos, no las prohíben, mientras que, en el caso de los trabajadores, las desautorizan. No encontramos leyes del parlamento que prohíban los acuerdos para rebajar el precio de la obra; pero sí muchas que prohíben esas estipulaciones para elevarlo"¹³⁹. "(...) Cuando los maestros se concertan para reducir los salarios de sus obreros, ordinariamente lo hacen mediante un acuerdo o convención secreta, acordando no pagarles sino hasta una determinada suma, bajo ciertas penas. Pero cuando los obreros hacen entre ellos un convenio contrario, pero de la misma especie, comprometiéndose a no aceptar cierta clase de salarios, bajo pena de multa, la ley los castiga severamente. Si la ley fuera imparcial, debería tratar a los maestros de la misma manera, pero ya hemos visto que el Estatuto VIII de Jorge III da fuerza de ley a la regulación que los maestros tratan de establecer mediante tales acuerdos"¹⁴⁰.

¹³⁹ *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, Edición de Edwin Cannan con una introducción de Max Lerner, Fondo de Cultura Económica, México, Decimoquinta reimpresión, 2006, p. 65.*

¹⁴⁰ *Ob. Cit., p. 138.*

Se puede concluir así: “que la existencia de transformaciones institucionales (o de cambios de contenido en las diferentes soluciones normativas adoptadas) originadas por causas políticas y económicas es absolutamente consustancial al derecho del trabajo”¹⁴¹.

El marco teórico que nos ayuda a demostrar esta estrecha relación de dependencia o causalidad es el desarrollado por el materialismo histórico, pues, explica las relaciones que se dan entre la economía y el derecho. Afirma, en tal sentido, que “el derecho como forma de vida social está determinado por la economía; en su desarrollo sigue las mismas vicisitudes de los fenómenos económicos; el derecho está en una relación necesaria de dependencia para con la economía”¹⁴².

Luego de haber revisado varios textos que expliquen la esencia de esta relación, la hemos encontrado en la investigación que realiza Carlos Marx, en el siglo XIX (Londres, enero 1859), precisamente, la explicación es la siguiente: “En la producción social de su existencia, los hombres establecen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a un determinado estadio evolutivo de las fuerzas productivas materiales. *La totalidad de esas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base sobre la cual se alza un edificio jurídico y político, y a la cual corresponden determinadas formas de conciencia social.* El modo de producción de la vida material determina el proceso social, político e intelectual de la vida en general”¹⁴³.

¹⁴¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideología*, p. 47.

¹⁴² IZQUIERDO Y DE LA CUEVA, Ana Luisa (Comp.), *Ob. Cit.*, p. 34.

¹⁴³ MARX, Karl, *Introducción General a la Crítica de la Economía Política*, Siglo Veintiuno Editores, Decimotava edición, México DF, 2006, p. 66.

La posición asumida por Marx —según el profesor Mario de La Cueva— significa que “a) La naturaleza del régimen económico determina los caracteres del derecho, que es en relación con aquél una simple superestructura. b) El derecho como simple instrumento en la lucha por la existencia debe estar subordinado a la economía, a riesgo de perder todo sentido. c) Toda transformación en la economía traerá consigo necesariamente una transformación en el orden jurídico. d) Hay momentos en los cuales las fuerzas productivas están en contradicción con las formas jurídicas; la oposición ha de resolverse a favor de la economía; la revolución que con este motivo se produzca, tendrá determinadas formas ideológicas para darse cuenta y explicarse; pero de la misma manera que es imposible juzgar a un individuo por la idea que de si mismo tenga, para explicar una revolución social es preciso investigar la contradicción entre la vida y la forma de regulación”¹⁴⁴.

Consecuentemente, es indudable que existe una relación necesaria e innegable del derecho con la economía o modelo económico de un Estado. El modelo de producción generará la existencia de un sistema jurídico que responda a regular las relaciones que se originen de dicho modelo. Como precisará Marx: “toda forma de producción engendra sus propias instituciones jurídicas, su propia forma de gobierno, etc. La grosería y la incomprensión consisten precisamente en no relacionar sino fortuitamente fenómenos que constituyen un todo orgánico, en ligarlos a través de un nexo meramente reflexivo. A los economistas burgueses les parece que con la policía moderna la producción funciona mejor que, por ejemplo, aplicando el derecho del más fuerte. Ellos olvidan solamente que el derecho del más fuerte es también derecho, y que este derecho del más fuerte se perpetúa bajo otra forma también en su estado de derecho”.¹⁴⁵

¹⁴⁴IzQUIERDO Y DE LA CUEVA, Ana Luisa (Comp.), *Ob. Cit.*, p. 31.

¹⁴⁵MARX, Karl, *Ob. Cit.*, p. 38.

Entonces, qué significado tiene el trabajo para la economía o modelo económico. El profesor Mario de la Cueva, refiriéndose al *trabajo-mercancía*, sostiene que “en la consideración de este problema, Marx partió de datos económicos, a fin de poder demostrar que en el sistema capitalista, el trabajo deviene necesariamente *una mercancía*, pero en todos los párrafos subyace una queja dolorosa y una protesta que conlleva un hondo sentido ético. No deja de ser significativo que el estudio aparezca ya en los *Manuscritos económico-filosóficos* (1844). [...] En la Página primera del *Manuscrito* uno, se lee: “*La demanda de hombres regula necesariamente la producción de hombres como la de cualquiera otra mercancía*. Si la oferta es mayor que la demanda, una parte de los hombres cae en la condición del mendigo o muere de hambre. La existencia de los hombres se reduce a la condición en la que existe cualquier otra mercancía. El trabajador ha devenido en una mercancía y es una dicha si logra obtener un empleo (...)”.

“El párrafo de los Manuscritos es una de las más conmovedoras descripciones de la condición de los trabajadores de entonces y de la carencia de sentido humano y de principios éticos del capitalismo y del liberalismo económico, de la que no están exentos los autores del Code Napoleón, en cuyo artículo 1128, vigente hasta nuestros días, [...] reglamentó el contrato de arrendamiento de servicios, que procedía de la legislación esclavista de Roma: Hay tres especies principales de arrendamiento de obra y de industria: 1) El arrendamiento de las gentes de trabajo que se obligan al servicio de alguno (...). Marx vio con claridad máxima que la consideración del trabajo como una mercancía, no obstante ser una consecuencia necesaria del sistema capitalista, era una degradación de la persona humana. De ahí su crítica a los principios del liberalismo de Smith y de Ricardo, que no proviene de un simple economista, sino de

*quien hizo la más alta y bella exaltación de la persona humana, y de quien [...] es también el creador del humanismo auténtico”.*¹⁴⁶

Finalmente, agrega el profesor mexicano: “la descripción de las superestructuras jurídica y política es uno de los capítulos mejor logrados del pensamiento de Marx [...]: no son superestructuras que existan en sí y por sí, desligadas de la realidad, ni son tampoco creación arbitraria del genio de los hombres”¹⁴⁷. “El estado del mundo occidental de nuestros días, igual que el del pasado, es la consecuencia inevitable de las diferencias económicas y tiene como finalidad suprema la defensa de la propiedad privada, mediante [...] un ordenamiento jurídico que otorgue un grado más o menos importante de libertad, compatible con la estabilidad del sistema”.¹⁴⁸

El profesor Paúl Samuelson, premio Nobel de Economía, afirma —en torno a la teoría de Marx— sobre los intereses de clase y la ideología, lo siguiente: “La interpretación económica de la historia por Marx y Engels es seguramente uno de los mayores éxitos del hombre. Pensar que nuestra ideología configura nuestra conducta es muy poco interesante. ¿Qué es lo que configura nuestra ideología? El hombre de negocios vota en conservador, el líder sindical vota a favor del salario mínimo y de la legislación sobre el seguro de desempleo. La superestructura de opinión pública no es fruto de sutiles análisis lógicos. La superestructura de creencias, leyes e ideologías refleja las condiciones materiales de vida y los intereses materiales de clase”¹⁴⁹. Esta posición, de uno de los economistas de nuestra época actual, ratifica la validez de nuestra

¹⁴⁶DE LA CUEVA, Mario, *La Idea del Estado*, Quinta Edición, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México. México DF, 1996, p. 363-364.

¹⁴⁷*Ibid.*, p. 408.

¹⁴⁸*Ibid.*, p. 414.

¹⁴⁹SAMUELSÓN, Paúl A., *Evolución de las doctrinas económicas*, Curso de Economía Moderna, Décimo Séptima Edición, Aguilar, Madrid, 1978, p. 933.

afirmación: que las instituciones laborales dependen de la estructura económica que adopta el Estado, consecuentemente si nuestra economía es liberal, las normas laborales necesariamente deben responder a dicho modelo.

En la actualidad, los defensores y seguidores del liberalismo, definen afirmando que “liberalismo es libertad económica, es libertad de iniciativa, entendidas como el derecho de entrada en el mercado para producir los bienes y servicios que los consumidores, los usuarios, desean. Es la libertad de contrato representada por el establecimiento de precios, salarios e intereses sin restricciones de cualquier índole. Es la aventura y el riesgo de alguien, que sólo al tener éxito, produce algo mejor y más barato. **Una sociedad organizada según los preceptos del liberalismo, presupone la libre contratación entre las partes de cualquier transacción de interés recíproco, nadie puede ser obligado, por coerción o fraude, a comprar, vender o realizar cualquier contrato**”. “Desde el punto de vista puramente económico, las obligaciones sociales son apenas un ahorro coactivo que el trabajador está obligado a hacer, deja de percibirlo como salario en el momento que trabaja, para recibirlo más tarde bajo la forma de un beneficio cualquiera. Obligar a un trabajador, que sufre dificultades a nivel de su subsistencia, a ahorrar coactivamente una cantidad equivalente al salario recibido es, sin lugar a dudas, una perversidad, y sólo por ignorancia puede considerarse como un “beneficio”. **Si hubiese libertad de contratación, ese mal podría ser corregido si por lo menos el empleado tuviese la opción de renunciar, total o parcialmente, a los llamados beneficios sociales**, y, como contrapartida, recibir inmediatamente, junto con su salario, el valor correspondiente a esas obligaciones sociales”¹⁵⁰. “La verdadera función social de la empresa es producir algo mejor y más barato”¹⁵¹. “Un sistema basado en

¹⁵⁰ STEWART JR. Donald, *¿Qué es el liberalismo?*, Instituto de Economía de Libre Mercado, Editorial e Imprenta Vargas, Lima, 1994, p. 64

¹⁵¹ *Ob. Cit.*, p. 56.

la libertad presupone, necesariamente, que no haya restricciones a la propiedad, **entendida como el derecho del individuo de disponer libremente** de sus bienes materiales, **de su capacidad de trabajo**, de su cuerpo y de su mente”¹⁵².

Para apreciar y medir la vigencia de esta concepción en el contexto nacional, consideramos necesario, resaltar algunos hechos a consecuencia de la promulgación de la Constitución Política de 1993. El doctor Carlos Torres y Torres Lara, entonces, precisaba que “(...) lo que tenemos que decirle al pueblo peruano, es que una Constitución no sirve para vivir mejor, si es que no estamos preparados para competir con los demás, el problema de la situación real de los trabajadores en el Perú está relacionado en su capacidad de competencia con los trabajadores de otros países. Tal vez dentro de 20, 30 ó 40 años se dicte una legislación internacional laboral que proteja mejor a los trabajadores en forma global (...)”¹⁵³.

“Una de las razones del cambio de la Constitución, es el régimen económico, pues si no se producía la modificación de la Constitución del 79 en el aspecto económico, gran parte de la transformación legislativa constitucional no se justificaba. Uno de los beneficios más importantes que tiene esta Constitución radica en el hecho, sobre todo para los inversionistas del exterior, en que existe coincidencia en los diversos políticos en cuanto al régimen económico [...]; entonces la opción es la economía liberal. En una sociedad con tan grandes diferencias sociales, el Estado opta por apoyar, dentro de la economía liberal, a

¹⁵² *Ob. Cit., p. 77.*

¹⁵³ *TORRES Y TORRES LARA, Carlos, Retos & Desafíos de una Economía Emergente: el Caso Peruano, Ministerio de Justicia, Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos, Lima, Marzo 1997, pp. 5-6.*

aquellas empresas pequeñas que se presenta con un futuro hacia adelante [...]”.

“(…) En 1990, cuando el Presidente Fujimori llega al gobierno, concluía la etapa anterior, pero se iniciaba firmemente la nueva etapa. *Hoy en 1997 nadie duda que el lineamiento económico en el mundo es la economía liberal, esto no quiere decir que sea definitivo ni que sea la única solución, significa que hoy, el próximo año y probablemente dentro de diez años más, el proceso económico liberal es el que se impone en el mundo y aunque nos parezca buena, regular o mala es la realidad y el Perú tiene que adecuarse, porque no puede ser el único país que esté fuera de ese ambiente mundial donde la liberalización es la que domina. Mirando la realidad del mundo, el Perú se mueve dentro de ese ambiente, pero no se trata de que pueda elegir si estar dentro o fuera, porque el proceso actual en el mundo de la globalización no es el problema de los años 60 ó 70 en que se hablara de la posibilidad de que cada país eligiera su modelo y trabajara hacia él*”¹⁵⁴.

El fenómeno del nexo de lo económico con lo jurídico, descrito hasta aquí magistralmente por actores en cada período de su existencia, nos permite demostrar la validez de nuestra posición sobre este vínculo indisoluble cuya partida de nacimiento está en la Constitución Política de nuestro Estado. Hoy “(…) En suma, podemos convenir con Fernández Segado en que –estamos ante un modelo clásicamente liberal que aunque se autocalifique como de “economía social de mercado”(…) la realidad es que esa calificación no se traduce en el ámbito constitucional en unas consecuencias concretas- (Fernández Segado, 1994^a, p.28). A la misma conclusión llegan Kresalja y Ochoa, para quienes en el debate del Congreso Constituyente la mayoría oficialista estuvo inspirada en un liberalismo radical, bajo el influjo del Consenso de Washington, que la llevó a la supresión de los principios

¹⁵⁴*Ibid.*, pp. 6, 8 y 14.

valorativos inspiradores del régimen económico. (...) Prevaleció, la constitucionalización de un régimen económico neoliberal”¹⁵⁵.

Entonces, resulta claro que el modelo económico existente en el país es el liberal, consecuentemente, la estructura jurídica del país deberá responder a dichos principios económicos. La regulación del trabajo deberá en consecuencia seguir dicha línea inexorablemente. En tal sentido, el *cambio de la legislación laboral de acuerdo con la Constitución promulgada en diciembre de 1993, se materializó utilizando como modelo la flexibilización de la legislación laboral, entendida como adecuación, modificación o desregulación de la legislación laboral vigente o anterior a la Constitución de 1993.*

Una investigación llevada a cabo por Carol Wise, *-Reinventando el Estado: estrategia económica y cambio institucional en el Perú-*, describe este proceso de la influencia de lo económico y político en lo jurídico de esta manera: “Hacia fines del primer gobierno de Fujimori, las reglas de juego económicas habían sido transformadas de manera radical. En otras palabras, se había culminado básicamente una primera generación de reformas de mercado ante un telón de fondo político-administrativo que hacía eco de las estrategias de gestión adoptadas por otros reformadores de mercado de la región durante esta época: “presidentes y gabinetes económicos tecnocráticos fueron capaces de diseñar e implementar cambios en las reglas macroeconómicas con una interferencia relativamente pequeña de parte del resto del sistema político o del sector público” (Naím 1994:35). Habiéndose implementado un programa del Consenso de Washington algo genérico a comienzos de la década de 1990, los líderes y diseñadores de políticas latinoamericanos empezaron a dirigir su atención hacia la consolidación de estas reformas desde mediados de dicha década (...). “(...). Mientras el Congreso de 1990-1992 se había sentido relegado por el estilo gerencial del ejecutivo, de alguna manera el sector privado se sintió a gusto. Esto no quiere decir que los empresarios quedaron

¹⁵⁵ Blancas Bustamante, Carlos, *La Cláusula de Estado Social en la Constitución*, p. 129.

cautivados con todo el programa; sin embargo, la consistencia y claridad de las nuevas reglas económicas, y las señales positivas de un mayor crecimiento y una menor inflación, ayudaron a forjar una coalición de trabajo viable. Inclusive antes de asumir el cargo en 1990, Fujimori ya se había reunido con representantes de la CONFIEP, la organización paraguas del sector privado (...). A lo largo de la década de 1990, el presidente también nombró a prominentes líderes empresariales para que dirigieran FONCODES, y para que ocuparán cargos ministeriales claves, por ejemplo, en el MEF, el Ministerio de Industria y Ministerio de Relaciones Exteriores. El equipo de Fujimori también pudo superar el punto muerto que desde hacía tiempo asediaba las relaciones entre el gobierno y las empresas mediante el ofrecimiento a los empresarios locales de cierto apoyo compensatorio (flexibilidad en los mercados laborales, impuestos más bajos y acceso político)”¹⁵⁶.

La reforma de las normas que regulan el trabajo, a través de una flexibilidad, como hemos descrito responde a una estrategia económica, y en efecto, como lo explica el destacado laboralista *Javier Neves*: *“En materia de relaciones individuales de trabajo —como hemos dicho—, la transformación del ordenamiento se ha llevado a cabo en una línea de consolidación y flexibilización [...] Desde el punto de vista de su contenido, el conjunto de la reforma es marcadamente flexibilizador. Este término, introducido en el debate contemporáneo por los políticos liberales, recogido de una consigna empresarial, significa el retorno de un papel gravitante para la autonomía privada en el marco del sistema de relaciones individuales de trabajo. En definitiva, el nuevo sistema refuerza el poder patronal y disminuye los costos laborales [...] Explicando las afirmaciones vertidas, pondremos algunos ejemplos, tanto en materia de ... flexibilización... , de las que permiten al empleador modificar la jornada de trabajo (aunque la norma establezca un mecanismo bilateral), o lo facultan para variar las fechas de los descansos*

¹⁵⁶Wise, Carol, *Reinventado el Estado: estrategia económica y cambio institucional en el Perú*, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima, 2003, p. 264-265, 267-268.

remunerados, o acaban con el derecho a la reposición y permiten un despido libre del 5% del personal, o le han restituido al empleador la potestad unilateral de elaborar el reglamento interno, el que será además aprobado automáticamente por la autoridad administrativa de trabajo. Todas las disposiciones mencionadas tienen como trasfondo un reforzamiento del poder del empresario, acompañado de un abaratamiento de los costos de la mano de obra. Efectivamente, mientras de un lado posibilitan al empleador un margen muy amplio de decisiones unilaterales (...). “(...) Las afirmaciones anteriores van a propósito de que la reforma introducida en el Perú... así, mientras de un lado, se ha modificado la legislación individual, dejando al trabajador desprotegido o menos protegido por el Estado. (...) El resultado de la combinación de la reforma liberal en lo individual... es un profundo desequilibrio y una imprevisible injusticia en el sistema global de relaciones laborales”.¹⁵⁷

“(...) En el ámbito del trabajo se producen algunos cambios significativos: en primer lugar, se debilita el principio protector o tuitivo al señalar que el trabajo es objeto de –atención prioritaria del Estado- y que este –protege especialmente a la madre, el menor de edad y al impedido que trabajan-, en lugar de la fórmula más rotunda, del artículo 42 de la constitución anterior: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado”¹⁵⁸.

Finalmente, una evaluación de lo ocurrido en el País, la especialista de la OIT, María Luz Vega-Ruiz, entrevistada sobre si ha sido conveniente el proceso de flexibilización en el Perú, respondió: “Yo creo que es factible buscar una protección que permita avanzar económicamente, es decir, no es incompatible proteger y producir. Es importante adaptarse al mercado pero con unas mínimas salvaguardas. En ese sentido la reforma de los 90 en materia de

¹⁵⁷ NEVES MUJICA, Javier, «El Modelo Liberal de Relaciones Laborales», En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Reforma Laboral de la Empresa, No. 41, Lima, p. 145, 146, 148, 150, 151.

¹⁵⁸ Blancas Bustamante, Carlos, La Cláusula de Estado Social en la Constitución, p. 126.

relación, sobre todo individual con una cantidad de contratos temporales y deslaborización que se generó en el Perú, es brutal. Ni Argentina, que hizo unas 5 reformas en los últimos años. Llegó al punto de Perú, yo estoy convencida de que el Perú es el país que promulgó la legislación más exageradamente flexible de toda Latinoamérica”¹⁵⁹.

CAPÍTULO II. CONTENIDO ESENCIAL DE LA ADECUADA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

En cuanto **contenido esencial de la adecuada protección contra el despido arbitrario**, presentamos los resultados del análisis de la información, sobre cómo se ha regulado la protección del despido en la norma constitucional y las normas de menor jerarquía (Ley o Decreto Legislativo). Para ello, es necesario tratar sobre el contenido esencial de la norma, fundamentalmente del artículo 27 de la Constitución Política del Estado realizada por el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución en nuestro País. Luego revisaremos las distintas posiciones respecto a la adecuada protección contra el despido arbitrario, en el derecho comparado y nacional, y nos detendremos para analizar las posiciones de los defensores de la reposición del trabajador y los que defienden la indemnización como medio de reparación frente al despido sin causa.

Nuestra **Constitución Política de 1993, en el Artículo 27°** establece que: **“LA LEY OTORGA AL TRABAJADOR ADECUADA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO”**.

¹⁵⁹VEGA-RUIZ, María Luz, «Hay muchas modificaciones que Perú debe hacer en Ley General del Trabajo», En: *Diario Gestión*, 10 de setiembre del 2003, Lima, p. 18.

Qué entendemos por adecuada protección contra el despido arbitrario, será la interrogante que responderemos. Para ello, es necesario previamente conocer sobre el contenido esencial del derecho establecido en el artículo citado.

Sección 1. Definición sobre contenido esencial de la norma.

En nuestra Constitución no existe definición al respecto, por lo que es necesario recurrir al derecho constitucional comparado, la jurisprudencia y doctrina.

El derecho constitucional comparado aporta diversas definiciones sobre contenido esencial, como: la Ley Fundamental de Alemania^{160/161} y la Constitución Española de 1978^{162/163}.

¹⁶⁰ Artículo 19 de la Constitución Alemana, “Cuando según esta Ley Fundamental un derecho pueda limitarse por ley o en virtud de una ley, la ley será general y no valdrá para un caso singular. Además la ley tiene que designar el derecho fundamental. En ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su **contenido esencial**”.

¹⁶¹ (...) “La significación práctica de esta garantía es limitada. De ahí lo decisivo que resulta para las garantías de que un derecho fundamental no se va a depreciar con limitaciones desmedidas, la exigencia de proporcionalidad de dichas limitaciones. Cuando quiera se satisface dicha exigencia queda excluida una intervención en el contenido esencial de un derecho. La importancia del art. 19.2 GG se limita, por consiguientemente, a positivar explícitamente el mandato de proporcionalidad”. (...) “Si los derechos fundamentales han de asegurar eficazmente esas condiciones esenciales, no deben obstaculizar los cambios sociales; a la vez, deberán ser mantenidos y protegidos en su esencia sin reserva ni restricción alguna. Esto presupone que no se dilaten de modo inflacionario ni sean reducidos a calderilla. De ahí lo esencial y rico en consecuencia de la elaboración de su vertiente objetiva: es cometido de esa interpretación reforzar la validez de los derechos fundamentales como derechos humanos, su significado como principios objetivos nunca deberá ser dissociado de esa idea nuclear”. Hesse, Conrado, Significado de los derechos fundamentales, en Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 112, 115.

¹⁶² Artículo 53.1. de la Constitución Española, “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su **contenido esencial**, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional Español: STC 204/2004 de 18 de noviembre (RTC 2004, 204) (...) “ha sido expresada también por este Tribunal como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido

También la doctrina aporta las siguientes definiciones, que nos ayudan a centrar nuestra investigación:

1. Contenido esencial: (...)“Se trata del contenido que conforma la esencia de cada derecho fundamental, que debe ser descubierto a través de una delicada labor hermenéutica. Para realizar esa tarea de indagación que pueda conducir a delimitar el contenido de los derechos fundamentales, y a precisar si ese contenido se ve respetado o no en los casos particulares, el intérprete ha de basarse en los preceptos constitucionales, en el marco de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y de la comprensión de los derechos fundamentales en conexión con los valores morales que a ellos subyacen y con las finalidades a que obedece su protección, a la luz, pues, de una reflexión axiológica y teleológica”¹⁶⁴.
2. Para Germán J. Bidart Campos¹⁶⁵, respecto al contenido esencial manifiesta, “7.1. (...) por más que haya normas de la Constitución que requieran ser desarrolladas por los órganos del poder constituido, todas poseen lo que en España y Colombia –por ejemplo- se denomina el contenido esencial o mínimo; es **este contenido** el que, aun a falta del antes mentado desarrollo, **siempre obliga a que se lo haga aplicable**. Y **esta obligación recae, como propia del control constitucional, en los órganos de la jurisdicción constitucional**, que son los que por la constitución han recibido

esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 11/1981, de 8 de abril [RTC 1981, 11], F 10)” (STC 37/1987, de 28 marzo [RTC 1987. 37]. F. 2)” [F.5]. Pulido Quevedo, Manuel, Constitución Española con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Aranzadi, Cuarta Edición, Navarra, 2005, p. 974.

¹⁶⁴ *Martínez-Pujalte, Antonio Luis, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Tabla XIII Editores, Lima, 2005, p. 223.*

¹⁶⁵ *El Amparo Constitucional Perspectivas y Modalidades, La fuerza normativa de la Constitución, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 9.*

competencia de asegurar su supremacía, su cumplimiento, su funcionamiento y sus fuerza normativa”.

3. Para el doctor Javier Neves Mujica¹⁶⁶, prestigioso académico precisa que: (...) “Un concepto indispensable, en todo caso, para el posterior desarrollo del derecho constitucionalmente consagrado, es el de contenido esencial. En virtud de éste, hay que determinar –siguiendo al Tribunal Constitucional español- los **aspectos que permiten reconocer un derecho y los intereses para los que se ha establecido**. El legislador puede moverse con libertad, pero debe respetar ese contenido esencial (...). **El contenido esencial tendrá que ser determinado, en definitiva, por el Tribunal Constitucional**”.
4. El doctor Edgar Carpio Marcos¹⁶⁷, respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales, manifiesta que: (...) “La actividad misma de limitar un derecho entonces, debe estar sujeta a un límite final, aquella frontera que permite evaluar si se trata de una tolerable restricción del derecho o, por el contrario, de una constitucionalmente inadmisibles limitación. **Esta zona de frontera es lo que las Constituciones alemana y española han venido en denominar el “contenido esencial del derecho”**”.

(...) “Por cierto, la inexistencia de una cláusula semejante en la Constitución peruana, no quiere decir que el legislador nacional se encuentre habilitado para afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales...”.

¹⁶⁶ *Introducción al Derecho del Trabajo*, Ara Editores, 1era. Ed., Lima, 1997, p. 57, 60.

¹⁶⁷ *La interpretación de los derechos fundamentales*, Serie Derechos y Garantías, Palestra Editores, Lima, 2004, p. 83, 84, 85.

(...) “Es común observarse en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales un uso indistinto de las diversas teorías existentes, lo que se justifica en función de la estructura, la función y el significado que cada uno de los derechos fundamentales puedan tener”.

5. Samuel Abad Yupanqui¹⁶⁸, respecto al contenido esencial nos dice (...) “en cierta forma, esta concepción del contenido esencial de los derechos fundamentales fue expresada por el Tribunal Constitucional español en su conocida sentencia 11/1981 *“Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo –diría el tribunal español- aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. (...) Se puede (...) hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.*

6. Enrique Carpizo¹⁶⁹, sostiene que (...) “Este criterio apela a la cabal observancia de aquella frontera que permite evaluar si la restricción al derecho fundamental afecta o no su contenido esencial”. (...) “Tomás Requena López opina que la aplicación de este criterio constituye un límite a

¹⁶⁸ *Limites y respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, En Themis, No. 21, 1992, p 10.*

¹⁶⁹ *Derechos Fundamentales Interpretación Constitucional. La Corte y los derechos, Respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, Editorial Porrúa, México, 2009, p. 115, 116.*

la hermenéutica de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, en el entendido de que no puede reconocerse un derecho en demérito de otro”. (...) *“Una de las ventajas que el respeto al núcleo duro de los derechos fundamentales aporta a la ciencia del derecho, se perfila hacia el análisis de las consecuencias de los actos de autoridad en relación a si limitan o no, en exceso, las prerrogativas o derechos originalmente previstos en la Constitución. Se trata de valorar en forma intensa que los límites impuestos a un derecho no contravengan su contenido en forma total o injustificada”*.

7. Luís Castillo Córdova¹⁷⁰, refiere como la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales, (...) *“teniendo en cuenta también lo que sobre el contenido esencial ha dispuesto la Constitución Española (CE) y el Tribunal Constitucional español, debido a que la Constitución española de 1978 inspiró varios preceptos sobre derechos de la Constitución peruana, y porque en muchas figuras constitucionales –como lo que es objeto de estudio ahora- el Tribunal Constitucional peruano sigue los criterios hermenéuticos formulados por el Tribunal Constitucional español”*. (...) *“El contenido constitucional de un derecho fundamental empieza a formularse desde la norma constitucional misma... hay que fijarse en el dispositivo constitucional que recoge el derecho fundamental cuyo contenido se intenta determinar. Complementariamente, y en segundo lugar, significa también que el operador jurídico deberá tomar en consideración todas las demás disposiciones constitucionales relacionadas con el precepto que recoge el derecho examinado”*. (...) *“Jurisprudencialmente¹⁷¹, la garantía del contenido esencial de los derechos constitucionales ha sido definida por el Tribunal Constitucional. Este Alto Tribunal ha señalado, que “cuando una norma con fuerza de ley dispone la limitación o restricción del ejercicio de un derecho*

¹⁷⁰ *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general. Segunda Edición, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 235, 257-258, 275-276.*

¹⁷¹*Exp. 1100-2000-AA/TC, 30 de noviembre 2000, f.j.2., citado por Luis Castillo Córdova, p.276.*

fundamental, tal circunstancia no puede entenderse en el sentido que el Juez de los derechos fundamentales no pueda o se encuentre imposibilitado de evaluar su validez constitucional, pues en tales casos éste tiene la obligación de analizar si tal limitación afecta o no el contenido esencial del derecho, esto es, el núcleo mínimo o irreductible de todo derecho subjetivo, indisponible para el legislador y cuya afectación supondría que el derecho pierda su esencia”.

8. Víctor R. Obando Blanco¹⁷², manifiesta que: “El contenido esencial son los elementos mínimos que hacen al derecho reconocible, y que su presencia hace que no se convierta en algo desnaturalizado. El núcleo esencia de un derecho es aquél que permite identificar el derecho como tal”.

Consecuentemente, el contenido esencial de la norma constitucional es establecido por el Tribunal Constitucional, utiliza la norma constitucional a interpretar. Las normas constitucionales y la ley que instrumentaliza la norma constitucional, son útiles para determinar el núcleo o alcances del derecho y su conexión con los valores.

Sección 2. Contenido esencial: “Adecuada protección contra el despido arbitrario”

En nuestro sistema constitucional, el TC como máximo intérprete de la Constitución, ha establecido el contenido esencial sobre la “adecuada protección contra el despido arbitrario”:

(...) “Debe considerarse que el artículo 27 de la Constitución contiene un “mandato al legislador” para establecer protección

¹⁷² El Derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva en la Jurisprudencia, 2 edición, Palestra Editores, Lima, 2002, p. 40

“frente al despido arbitrario”. Tres aspectos resaltan de esta disposición constitucional: Se trata de un mandato al legislador. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley”.

“Sin embargo, cuando precisa que ese desarrollo debe ser “adecuado”, está resaltando –aunque innecesariamente- que no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho materia de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse ni interpretarse el citado artículo 27 como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una “facultad de despido arbitrario” hacia el empleador”.

(...) “Lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, DS No. 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde la indemnización “como única reparación”. No prevé la posibilidad de la reincorporación o reposición. El denominado despido ad nutum impone solo una tutela indemnizatoria. Esta disposición es incompatible con la Constitución, a juicio del Tribunal, por las siguientes razones:

Para el TC, también “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 constitucional¹⁷³” (...).

¹⁷³ STC EXP. 1124-2001-AA/TC, Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú SA y FETRATEL con Telefónica del Perú SAA y otra. Fundamento 12.

Asimismo, el TC precisa respecto al derecho de trabajo lo siguiente:

(...) “12. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. (...) 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 justa¹⁷⁴.

La posición del Tribunal Constitucional Peruano, es concordante con otras interpretaciones de los Tribunales Constitucionales de otros países, por ejemplo:

La interpretación del Tribunal Constitucional Español del año 1981, STC 22/1981 de 2 julio, y ratificación del año 2003 STC 109/2003 de 5 de junio¹⁷⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania¹⁷⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en el caso Madorrán, Marta con Administradora Nacional de Aduanas, del 3 de mayo de 2007¹⁷⁷.

¹⁷⁴Idem. Fundamento 12.

¹⁷⁵ (RTC 1981, 22): “El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal 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 sentido análogo STC 109/2003 de 5 junio (RTC 2003, 109, F 13)”. En Pulido Quevedo, Manuel, *Códigos con Jurisprudencia, Constitución Española, Cuarta Edición*, Editorial Aranzadi SA, Navarra, 2005, p. 827.

¹⁷⁶ “(...) Cabe considerar garantizadas mediante la cláusula de Estado Social los institutos laborales que cuentan con una larga tradición y reconocimiento generalizado como, verbigracia, la protección a las madres en período de gestación frente al despido, el derecho a vacaciones, el abono del salario en caso de enfermedad y la garantía de estabilidad en el puesto de trabajo”. Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional, El Estado Social de Derecho por Ernesto Benda*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p.536.

En la doctrina nacional, el pionero en desarrollar el contenido esencial, es el doctor Javier Neves Mujica¹⁷⁸, respecto al contenido esencial del derecho, se adelanto al fallo del TC, manifestando que: (...)“el trabajo es un bien superior en el ordenamiento, y fundamento del ejercicio de derechos (el derecho al trabajo como cobertura para defender el acceso y la conservación del empleo, por ejemplo) y, del otro, como clave interpretativa para el conjunto del articulado laboral y del texto constitucional (base ...puede sostenerse el reconocimiento de todos los principios del derecho de trabajo, originados en el carácter protector de éste, aunque no estén expresamente consagrados)”.

(...) “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario (artículo 27). Creemos que este equívoco precepto deber ser entendido en el sentido de prohibir el despido arbitrario, de un lado, pero permitir al legislador establecer el mecanismo de reparación que considere más adecuado frente a él, del otro. De este modo, se estaría proclamando el carácter causal del despido –y simultáneamente la invalidez del despido libre-, aunque admitiendo que pueda optarse por ley entre un sistema de estabilidad absoluta, esto es, con reposición ante un despido injustificado (como en la Ley 24514), o relativa; es decir, con indemnización, frente al mismo supuesto (como sucede en el Decreto Legislativo 728, salvo en el llamado despido nulo). De ser así, como ocurre además generalizadamente en las normas internacionales y en el derecho comparado, el artículo nos parecería razonable en su regulación de una institución tan controvertida”.

¹⁷⁷ “(...) Por cuanto las reiteradas alusiones contenidas en los mismos, referidas al “derecho al trabajo” comprenden, también, el de no verse privado arbitrariamente de su empleo. Por otra parte –destaca la Corte- el principio de progresividad ínsito en dichos documentos y particularmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, determina que el intérprete deba escoger, dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que mejor proteja a la persona humana. En este mismo orden de ideas, se señala en el pronunciamiento que lo dispuesto en este punto por el artículo 14 bis guarda coherencia con lo decidido en tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derecho Humanos, según el precedente que se cita (Considerando 8)”. Scotti, Héctor J, *Primeras Reflexiones que sugiere la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Madorran”, en Derecho del Trabajo, Revista Mensual de Jurisprudencia, doctrina y legislación; La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 621.*

¹⁷⁸ *Introducción al Derecho del Trabajo, Ara Editores, 1era. Ed., Lima, 1997, p. 57, 60.*

Posteriormente, a consecuencia del fallo del TC, comentó (...) 3. El Tribunal Constitucional precisa el contenido esencial de ambos derechos. No hay duda alguna de que, como supremo intérprete de la Constitución, está facultado para ello... que el derecho al trabajo opera en el acceso y en la conservación del empleo (fundamento 12). En los dos casos se sustenta en la doctrina, la jurisprudencia comparada y nacional y en los tratados de derechos humanos (...). **4. El derecho al trabajo abarca, de un lado, el derecho de la persona que no tiene un empleo a obtenerlo y , del otro, el del trabajador que ya lo tiene a conservarlo (...)**¹⁷⁹.

Para Carlos Blancas Bustamante¹⁸⁰, maestro laboralista, al referirse sobre el contenido esencial del artículo 22 de la Constitución peruana, manifiesta que (...) “ ésta no es la única norma del ordenamiento que reconoce el derecho al trabajo, pues también está consagrado por el artículo 6.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador (...)”¹⁸¹. (...) De este modo en el pensamiento del protocolo, “derecho al trabajo” y estabilidad en el empleo” son conceptos implicantes, siendo el segundo una de las manifestaciones concretas del primero. Específicamente, la “estabilidad en el empleo” a que se refiere el protocolo se traduce en la exigencia de una “justa separación” para la validez

¹⁷⁹Neves Mujica, Javier, *Dialogo con la Jurisprudencia, en Los conceptos y los efectos de la sentencia del caso Telefónica*, Gaceta Jurídica, Lima, Octubre 2002, p. 45.

¹⁸⁰ *Dialogo con la Jurisprudencia, en Derecho al trabajo y despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, Octubre 2002, p. 30. 31.

¹⁸¹ “Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”. Art. 7 “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizaran en sus legislaciones, 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 cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional”.

del despido, de lo que se deduce, sin mayor dificultad, que este instrumento descarta el despido sin causa, o ad nutum, por ser contrario al derecho al trabajo. Al haber sido ratificado por el Estado peruano (...) el artículo 22... debe ser interpretado en su sentido amplio o integral, *en virtud del cual a su significación clásica o tradicional referida al derecho a acceder a un puesto de trabajo, se agrega su significación como derecho subjetivo a conservar el empleo salvo que exista una causa de justa separación*". (...) En otra oportunidad al realizar el estudio del contenido esencial del art. 27 he opinado que "... al ordenar al legislador que brinde al trabajador adecuada protección "contra el despido arbitrario", el constituyente exterioriza una inequívoca voluntad proscriptora de esta clase de despido, razón por la cual *la doctrina nacional coincide en opinar que la norma constitucional tiene como contenido mínimo la interdicción de la arbitrariedad del despido, y que, en tal sentido reconoce su carácter causal y la consiguiente invalidez del despido ad nutum, pero deja a criterio del legislador elegir entre la reposición o la indemnización, como medida-reparadora del despido arbitrario*. También he sostenido que la interpretación del artículo 27 no puede realizarse en forma separada y aislada del artículo 22 ...ambos preceptos se refieren a la misma materia, por lo que "el sentido que debe extraerse de la interpretación armónica de ambas, es el de la tutela del trabajador frente a todo despido que carezca de causa o motivo, pues esta circunstancia permite calificar el acto extintivo del empleador como contrario al derecho al trabajo y genera el derecho del trabajador a ser protegido ante los efectos perjudiciales de dicha conducta antijurídica".

Para Jorge Toyama Miyagusuku, (...) " La protección adecuada debe importar, como se ha indicado, una causalidad del despido y la obligación de que el legislador regule normativamente las causas y los procesos aplicables para los diferentes supuestos de extinción de la relación laboral; ciertamente, ante la trasgresión de los imperativos de protección laboral, el legislador debe fijar un mecanismo de tutela a favor del trabajador afectado". (...) " El contenido del derecho del trabajo y de la estabilidad laboral, reconocidos en los artículos 22 y 27 de la Constitución, respectivamente, deben ser interpretados de

conformidad con lo previsto en los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional que se refieren a los mismos derechos (...)¹⁸².

Otros laboristas como Pedro Morales Corrales¹⁸³ manifiesta que (...) “ Si se entiende que el derecho al trabajo en su segundo contenido se refiere al derecho a conservar el empleo ya logrado y que por ende el despido arbitrario o ad nutum no resulta aceptable, se podría concluir en que la legislación tendría que adaptarse a la nuevas épocas y ampliar el listado de las causas que se consideren justificadas para poder extinguir válidamente el contrato de trabajo...”. (...) “Entonces, cuando el artículo 27 de la Constitución, en consonancia con el artículo 22 delega a la ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario (“la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”), lo único que está haciendo es decirle al legislador que a través de la ley establezca cuál debe ser la reparación a que tiene derecho el trabajador en caso de un despido injustificado, arbitrario o ad nutum. Ese es el encargo constitucional”. (...) “En conclusión, el artículo 27 de la Constitución en perfecta concordancia con el artículo 22 y con lo establecido en el Protocolo de San Salvador que forma parte de nuestra legislación, del Convenio 158 de la OIT que igualmente inspira , y de la legislación comparada, al delegar al legislador la facultad de otorgar adecuada protección contra el despido arbitrario, no hizo otra cosa que pedirle que legisle conforme a las opciones previstas no sólo en la doctrina sino, en los tratados internacionales de los que el Perú es participe ...”.

¹⁸² *Dialogo con la Jurisprudencia, La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica, Gaceta Jurídica, Lima, Octubre 2002, p. 66, 75.*

¹⁸³ *Derecho al Trabajo y Despido Arbitrario Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Provisional, Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 126, 134, 136.*

Ricardo Marcenaro Frers¹⁸⁴, entonces Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso Constituyente Democrático que participó en la elaboración de la actual Constitución, al analizar el artículo 22 de la Constitución, manifiesta que (...) “Lo primero a distinguir cuando hablamos del trabajo como un derecho, es diferenciar entre dos niveles, fases o estadios de éste: el derecho al trabajo, como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada, y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular”. (...) “Sin duda el artículo 27° es el que mayor polémica ha motivado (...)”. (...) “Por lo expuesto podemos concluir sin duda que la estabilidad laboral o sea la protección del trabajador contra el despido arbitrario está debidamente consagrado en el artículo 27° de la nueva Constitución. En consecuencia, la Constitución reconoce la estabilidad laboral pero deja a la legislación que establezca el tipo de protección que se le desee brindar al trabajador”.

Para Mario Pasco Cosmópolis, citado por Ricardo Marcenaro F., comentando el artículo 27° de la Constitución, manifiesta: “(...) Este es el precepto que ha servido para que se rasguen farisaicamente las vestiduras los enemigos de la nueva Carta Magna. Sostienen, con desenfado sin igual, que suprime la estabilidad laboral y que, una vez que sea aprobado, se va a producir una cadena de despidos y una aguda desocupación. La protesta es insincera, interesada y falsa. Este artículo no suprime la estabilidad laboral sino que la reorienta de modo de permitir varias opciones frente al despido sin justa causa”¹⁸⁵.

(...) “El TC es el máximo intérprete de la Constitución, el órgano llamado a definir y precisar los contenidos esenciales de los preceptos constitucionales, tanto en lo específico como en lo estructural; esto es, cada norma por separado

¹⁸⁴ *El trabajo en la Nueva Constitución*, Cultura Cuzco Editores, Lima, 1995, p. 45 y 47, 165, 170.

¹⁸⁵ *Pasco Cosmópolis, Mario, El Trabajo en la Constitución*, En: *Ius et veritas*, p. 31.

y dentro del conjunto, en el cual cada una de ellas se inter vincula y contribuye así a su propia interpretación. Como consecuencia de tal análisis, el Tribunal confirma la validez de la norma o la fulmina, al declararla inconstitucional”¹⁸⁶.

El Tribunal Constitucional del Perú a partir del fallo contenido en la sentencia del Caso de los trabajadores de Telefónica del Perú, ha definido el contenido esencial del artículo 27 de la Constitución Política de 1993:

“La adecuada protección contra el despido arbitrario, consiste que el trabajador que ha accedido a un puesto de trabajo, la relación o vínculo laboral solo puede terminar cuando exista causa justa”.

Subsiguientemente, el legislador al reglamentar o desarrollar el artículo 27 de la Constitución con el artículo 34, segundo párrafo, de la LCPL, TUO del Decreto Legislativo No. 728, el TC ha decidido que el legislador ha afectado el núcleo duro, artículo 22 de la Constitución, y como ha precisado ha vaciado el contenido esencial, y la consecuencia es que esta norma es inconstitucional. Además, ***también precisa que la adecuada protección consiste en la reposición del trabajador en sus labores cuando no existe causa justa en la terminación de la relación laboral, y a criterio de este la reparación dispuesta es un acto inconstitucional, teniendo en cuenta que la consecuencia de un acto nulo es la reposición***¹⁸⁷.

Finalmente, el TC peruano, al definir el contenido esencial del artículo 27 de la Constitución, ha recogido y tenido en cuenta pronunciamientos de otros tribunales constitucionales, en especial del Español, y la doctrina existente.

¹⁸⁶ Tribunal Constitucional del Perú, *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*, Palestra Editores, Lima, 2006. p. 366.

¹⁸⁷ *Fundamento 12 de la Sentencia Caso Sindicato Telefónica y Telefónica del Perú SAA.*

Posteriormente, se ha reafirmado en dicha interpretación¹⁸⁸, a pesar de la posición y crítica de Laboralistas como Mario Pasco Cosmópolis, Fernando Elías Mantero¹⁸⁹, Víctor Ferro Delgado¹⁹⁰ y otros que solicitaban que el TC corrija el criterio adoptado.

A diferencia de la posición del TC, citada, respecto al artículo 27 de la Constitución, y su reglamentación con el artículo 34 del TUO del Decreto Legislativo No. 728, la posición de la justicia laboral es distinta y legalista, esta comprende a los Juzgados, Salas de las Cortes Superiores de Justicia y de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Hemos podido verificar de la revisión de expedientes conforme a la muestra considerada, que producido el despido sin causa del trabajador, e interpuesta la demanda en dicho fuero, los fallos contenidos en las sentencias son exactamente como dispone el artículo 34 de la LCPL, esto es, disponiendo el pago de la indemnización. Siempre ha existido en todo caso la aplicación de la ley al caso concreto, y considero, que se ha perdido la brillante oportunidad de que en un proceso común, como es el laboral, el juzgador pueda efectuar el control difuso de la norma citada, conforme a la facultad que le concede la Constitución, y la jurisprudencia vinculante del TC¹⁹¹.

¹⁸⁸ *“El segundo aspecto del contenido esencial del derecho al trabajo se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo que medie una motivación justificada o se indemnice. Este ámbito de protección no es sino la manifestación de la especial protección que la Constitución confiere a los trabajadores frente a las eventuales decisiones arbitrarias por parte de los empleadores de dar por finalizada una relación jurídico-laboral. De ahí que la Constitución, en su artículo 27, haya señalado que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” (Expediente No. 3330-2004-AA, 11/07/2005, P, FJ.30), Citado por Putriano Rosas, César y otros, El Derecho laboral y Provisional en la Constitución, Gaceta Jurídica, Lima, 2009. p. 142.*

¹⁸⁹ *Diálogo con la Jurisprudencia, Algunas Consideraciones sobre el pronunciamiento por el Tribunal Constitucional en el caso Telefónica, Gaceta Jurídica, Lima, Octubre 2002, p. 49-50.*

¹⁹⁰ *El despido arbitrario en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo y en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, Laborem Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, No. 3, Lima, agosto 2003, p. 197.*

¹⁹¹ (...) *“Es claro que si bien es verdad los jueces no pueden hacer declaratorias de inconstitucionalidad, sí están obligados a conocer y aplicar el sentido y alcance de la Constitución y no puede dejar de reconocerse que sus pronunciamientos aun cuando no sean de inconstitucionalidad, si pueden ser*

Sección 3. Reposición versus indemnización.

Teniendo consideración lo resuelto por el TC -contenido esencial sobre la adecuada protección contra el despido arbitrario-, al establecer el principio que el trabajador debe ser despedido cuando exista causa justa, y no libremente o sin existir causa o motivo. Este Principio, piedra angular, de la protección del trabajador frente a la decisión del empleador de dar término a la relación de trabajo, establecido por la OIT a partir del año 1982 con la aprobación del Convenio 158 y Recomendación 166, resulta vital para el desarrollo de la garantía o derecho adjetivo que instrumentaliza el derecho establecido.

En los hechos, ocurrido el despido sin causa, que sabemos es inconstitucional, si el caso es llevado a la justicia constitucional, a través del proceso de amparo, este declarará nulo el despido, y reparará el acto disponiendo la reposición del trabajador. Conforme a la sentencia del TC y los precedentes vinculantes, la reposición es posible en el caso que el trabajador afectado con el despido sin causa solicite se reponga las cosas estado anterior al despido mediante el proceso de amparo.

Sin embargo, si el trabajador recurre a la justicia laboral (Juez de Trabajo), cuando es despedido sin causa, no podrá demandar la reposición, sino

sistematizadores del derecho y pueden ser interpretaciones creativas del derecho mismo; es decir, no puede desconocerse el carácter creativo de los pronunciamientos judiciales y con base en esas facultades lograr un respecto a la Constitución, una prevalencia del texto constitucional. Es decir, si bien la verdad que los jueces no pueden hacer una declaratoria de inconstitucionalidad de un acto legislativo ni tampoco pueden dejar de aplicar una ley a un caso concreto, lo cierto es que sí pueden interpretar dicha norma y al hacerlo pueden lograr también que el resultado de este acto de interpretación sea congruente con la Constitución Federal que protestaron hacer cumplir y respetar". Sánchez Cordero de García Villegas, Olga, El artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos como instrumento de interpretación constitucional de jueces de legalidad (posible aproximación a un control difuso de la constitucionalidad de carácter legítimo en México), en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio, Tomo III, Jurisdicción y Control Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, 2008, p. 772-773.

únicamente la indemnización tarifada y cualquier otro beneficio adeudado por el empleador.

Este doble tratamiento, no previsto en la ley originaria -Decreto Legislativo No. 728-, para el TC son los mecanismos procesales que el trabajador puede utilizar para que el Estado proteja el derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario.

La solución del TC ante un despido sin causa, difiere sustancialmente del que otorga el Poder Judicial; pues, la justicia laboral aplicando la ley, rechazan las demandas que pretenden la reposición, y/o ordenan su adecuación como acción indemnizatoria. Esta posición y realidad ha sido objeto de diversa crítica de parte de los empleadores¹⁹² y abogados¹⁹³ y Consultoras¹⁹⁴. Por lo que

¹⁹² *Diario Gestión 13 de julio 2005: TC sigue sentenciando a favor de la estabilidad absoluta. Ratifica que trabajadores tienen derecho a la reposición si fueron despedidos por la empresa sin argumentar causa. (...) "Para la Cámara de Comercio de Lima con este fallo el TC ratifica su decisión de restablecer la estabilidad laboral absoluta en nuestro país, al sentenciar que no forma parte de la legislación laboral peruana el pago de indemnización por despido arbitrario de los trabajadores, como lo ordena el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (...) Es decir, para el TC la adecuada protección contra el despido arbitrario que establece el artículo 27 de la Constitución, debe ser la reposición (estabilidad laboral absoluta) y no el pago de indemnización (estabilidad relativa), con lo cual el Tribunal Constitucional sigue "legislando" en materia laboral, puntualiza la CCL. (...) Agregan que sin no hay seguridad jurídica peligran las inversiones y la consiguiente generación del empleo. "Las empresas del país están advertidas", señala. La CCL precisa que si el TC no está de acuerdo con la estabilidad laboral relativa, debería de pedir su derogatoria al Congreso, pero no puede desconocer el artículo 34 de la ley. Además recuerda que la Constitución de 1993 no consagra la estabilidad laboral absoluta, y su institucionalización, al margen de la ley, es una decisión creada por el Tribunal Constitucional".*

¹⁹³ *Diario Gestión 06.03.06: Consecuencias de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional. (...) "Reposición. Toyama sostuvo que con esta decisión el TC se queda sólo con dos supuestos en los que cabe la reposición. El primero es el despido sin causa, cuando un empleador le dice adiós a un trabajador sin decirle por qué, es decir, con una causa justificada, cabe la reposición. "Es una posición que yo no comparto pero la sigue ratificando el TC", subrayó el especialista. Y el segundo caso es cuando ocasión del despido se lesionan derechos fundamentales, y lo típico que se ven en este caso es el derecho sindical o discriminación". Día 1, El Comercio 12.03.07: El Observador. Jorge Toyama M. (Abogado Laboralista) Despidos y Reposiciones (...) "En el tercer caso (despidos arbitrarios), se despide a un trabajador aun cuando no existe una causa legal para ello. Puede mediar una causa empresarial, es decir, una motivación para ya no desear trabajar con una persona (falta de confianza, no cumplir con el perfil, no tener competencias ni habilidades, falta de compromiso, bajo rendimiento), pero no existen mecanismos para probarle una in conducta legal o baja capacidad. En estos casos, el trabajador tiene*

amerita en esta oportunidad remitirnos al CAPITULO V de esta tesis, donde revisamos y analizamos este sistema dual de protección conforme a las resoluciones del TC y la justicia laboral.

3.1 La reposición como protección adecuada.

Debemos precisar, que la protección del trabajador afectado por el despido, trae consigo mismo la participación del Estado para determinar el grado de protección que le otorgara al momento de regular la relación empleador-trabajador, estableciendo la reposición o reincorporación, y/o la indemnización tarifada como mecanismos de reparación de ocurrido el despido.

derecho a una indemnización con un tope de 12 remuneraciones mensuales (el proyecto de la ley general del trabajo plantea 24) o una reposición vía un juicio de amparo. Naturalmente, cuando las partes se ponen de acuerdo y la relación concluye con una renuncia o consenso, no se genera ninguna contingencia laboral. Pero si el trabajador no acepta el cese, aun cuando se le ofreciera la indemnización o un incentivo mayor, puede rechazar la oferta y demandar una reposición mediante un juicio de amparo. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que este tipo de despidos es inconstitucional y corresponde la reposición del trabajador. Solo una modificación del criterio del tribunal o una reforma constitucional pueden variar la situación descrita”.

¹⁹⁴*Price Waterhouse Coopers, Año 3/Número 16/Marzo 2003, Boletín. Sobre la Reforma Constitucional Aspectos Laborales. “En el presente artículo comentaremos brevemente dos asuntos de especial vigencia; el primero de ellos relacionado con la que consideramos una necesaria precisión del Artículo 27 del proyecto constitucional aprobado por el Congreso de la República; (...) Esta incertidumbre relacionada con la posibilidad que los jueces ordenen la reposición de los trabajadores que sean despedidos sin expresión de causa o con ello, en caso ella no pueda ser posteriormente demostrada en el proceso judicial correspondiente, se sustenta en la disposición de la Ley Orgánica del TC que establece que cuando éste órgano emita una sentencia sobre la interpretación de una norma de alcance general, la misma tendrá el carácter de precedente vinculante; es decir que los magistrados que tengan que resolver una causa relacionada con los alcances de la sentencia emitida por el TC, deberán aplicar necesariamente el criterio contenido en la resolución del órgano de control constitucional. En este sentido, consideramos que se hace necesaria la modificación del artículo constitucional comentado, con la finalidad de precisar de mejor manera que la indemnización es una justa y real reparación contra el despido arbitrario y para los casos en los que no se pueda probar la comisión de la falta grave. Arribamos a esta conclusión, dado que la claridad y precisión de la norma constitucional es la única herramienta jurídicamente efectiva contra la interpretaciones controversiales del TC, ya que la Constitución constituye la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional y es prácticamente la única que necesariamente debe ser respetada y acatada en su real sentido por el TC, ya que este órgano se encuentra por encima de cualquier otra norma de menor jerarquía”(…) Carlos Molinelli.*

El grado de protección¹⁹⁵, dependerá de cómo el Estado tiene en consideración el aspecto económico¹⁹⁶ y valores¹⁹⁷ que encierra el trabajo y la persona que lo realiza. Buscar el equilibrio en la regulación¹⁹⁸, implica el conflicto

¹⁹⁵ “(...)La regulación del despido trata de reducir el desequilibrio de posiciones consecuencia de ese poder, y que no genera por el contrario la dimisión. Por ello busca un equilibrio, permitiendo al empresario liberarse del vínculo contractual cuando la continuación de la relación de trabajo, pero exigiendo una causa que legitime el sacrificio del interés del trabajador a continuar en el empleo. No existe, pues, una protección del contrato de trabajo como institución a mantener en lo posible, como en parte existe en el caso de la regulación del matrimonio, la separación y el divorcio, o también en ciertos aspectos de la extinción del contrato de sociedad. Aquí no hay intereses de terceros a considerar, sino fundamentalmente dos intereses en contraste; se busca una solución equilibrada que no sacrifique sin justificación uno u otro interés, aunque también el interés general de tutela del empleo pudiera ser relevante. Sin embargo, en el momento presente se piensa paradójicamente que la tutela del empleo pasa más por introducir flexibilidades en el régimen jurídico del despido, que por añadir trabas o limitaciones al poder empresarial de despedir. ...La regulación del despido tutela el interés del trabajador al puesto de trabajo frente a la decisión empresarial de extinguir el contrato sin causa que lo justifique, inexistencia de causa que convierte en ilícito ese despido. A contrario sensu, la justificación del despido hace legítima la decisión empresarial, y supone el sacrificio del interés del trabajador a la tutela del puesto de trabajo”. Rodríguez-Piñero, Miguel y Bravo-Ferrer, *Derecho Trabajo y Despido, en Presente y Futuro de la Regulación del Despido*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1997, p. 37.

¹⁹⁶ “Las condiciones políticas económicas de cada país explican los diferentes grados de evolución encontrados. En los estados de régimen capitalista, se valora la libertad y la facultad discrecional de despedir no tiene obstáculos. Se reconocen, además, los daños derivados de la falta de empleo, que son resarcidos en la proporción que permiten las posibilidades económicas: la indemnización varía de un mínimo hasta el seguro de desempleo. El hombre trabajador, sin embargo, es fundamentalmente el mismo, y sus necesidades, básicamente, las mismas, sean cuales fueren las condiciones políticas y económicas vigentes en éste o en aquél país. Y la conciencia de esas necesidades, exacerbadas cuando se pierde el único medio de subsistencia, llevó a los Estados a ampararlos, asegurándoles un empleo o, en su defecto, un resarcimiento por los daños económicos sufridos (...)”. Giglio, Wagner D, *La Extinción de la Relación de Trabajo en el Brasil, en la Extinción de la Relación Laboral*, Aele Editorial, Lima, 1987, p. 50.

¹⁹⁷ “En primer término debemos tener en cuenta que nuestra Constitución es individualista y liberal, siendo el fin último del estado constitucional “promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad”. El hombre considerado fin y no como medio. La libertad sólo debe ser limitada por el Estado, para mantener el orden público, donde priman los intereses de la colectividad, ejercitando el poder de policía. Implica la prevalencia del interés social, sobre el individual por razones de convivencia, seguridad o bienestar general, que es el fundamento del derecho a la estabilidad. El derecho a la estabilidad se encuentra así con las limitaciones de la Constitución; las que ésta somete al legislador y ejecutivo reglamentador y las generales impuestas al poder de policía (...)”. Pistone, Mateo Juan, *Ob. Cit.*, p. 190.

¹⁹⁸ “(...) Al reglamentar la estabilidad, el legislador se encuentra con dos problemas de limitación que constituyen orden público. Uno, limitar el derecho del trabajador en su alcance y protección, es decir hasta donde puede agregar contenido al derecho; y como la estabilidad en realidad es la restricción de la

permanente¹⁹⁹ entre lo económico y el derecho de trabajo²⁰⁰. Ello lo comprobamos²⁰¹ a continuación en la defensa y crítica que se hace sobre la reposición y/o indemnización²⁰².

En el derecho comparado, encontramos los antecedentes, como ha evolucionado la protección contra el despido arbitrario, entiéndase del despido sin causa.

Mario De la Cueva²⁰³, afirma que “la estabilidad de los trabajadores en los empleos comprende dos modalidades: *la permanencia, persistencia o duración*

libertad del empleador, debe resolver otra limitación, es decir hasta donde puede restringir, quitar o limitar este derecho...” Pistone, Mateo Juan, Ob. Cit., p. 197.

¹⁹⁹ (...) “En resumen, el efecto compulsorio e indemnizatorio, de ambos regímenes son completamente encontrados y fundados en principios que no le permiten coexistir en una misma institución...” Pistone, Mateo Juan, Ob. Cit., p. 245.

²⁰⁰ “La Antinomia. Toda reforma social, toda nueva ventaja concedida a los trabajadores puede reducirse a cifras: todas ellas elevan el precio de fabricación. Por eso se hablan de cargas sociales....El derecho del trabajo en su conjunto grava el precio global de la mano de obra. Constituye una serie de limitaciones sobre el beneficio. Surge aquí una oposición inevitable de intereses entre la empresa y los trabajadores que aquella emplea, una contradicción entre lo económico y lo social, en el centro mismo del derecho del trabajo”. Camerlynck, GH y Lyon-Caen, G., *Derecho del Trabajo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, 5ta. Edición, Madrid, 1972, p.23.

²⁰¹ “La extinción del contrato de trabajo es delicada por los intereses -de trascendental importancia- a la conservación del empleo y del salario correspondiente como medio de subsistencia, a la supervivencia de la empresa, en su caso -que en ella confluyen, que, sigue diciendo la ley reformadora, -pueden llegar a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales”. (...) El sistema normativo del despido, siempre complicado en nuestro ordenamiento jurídico (España), ha crecido en complejidad, y ello no sólo por la incorporación al mismo de elementos nuevos, sino, especialmente, por la consiguiente necesidad de adaptar dicho sistema al ordenamiento constitucional”. Casas Baamonde, María Emilia, *La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y Nulos*, en *El Régimen del Despido tras la Reforma Laboral*, Editores Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau, Sociedad Editorial de Formación Jurídica y Económica, Madrid, 1995, p. 50, 83.

²⁰² “El derecho a la estabilidad fue naciendo como nueva tendencia dentro del contrato de trabajo, regido por la autonomía de la voluntad del liberalismo individualista. Institución que se materializó por evolución en el derecho y no fue impuesta por el capricho del legislador, sino que se concretó como una necesidad del derecho del trabajo, tendiente a lograr la seguridad y equilibrio de los intereses sociales...” Pistone, Mateo Juan, Ob.Cit., p. 41.

indefinida de las relaciones de trabajo y la exigencia de una causa razonable por 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 una mera ilusión. Por ello es que exigencia de una causa razonable para la disolución de las relaciones de trabajo es uno de los aspectos fundamentales del problema (...)”.

El detalle como se ha llegado a dicha protección, nos obliga revisar lo histórico, y fundamentalmente en la legislación extranjera se encuentran los antecedentes como lo afirma De la Cueva: “En el derecho del siglo XIX, la permanencia de las relaciones de trabajo dependía de la voluntad de los empresarios. En el Código Civil Francés, los tipos de contrato eran tres: el contrato para la ejecución de una obra determinada, el contrato a plazo fijo y el contrato de duración indefinida. (...)El tercero, tenía una duración incierta, pues no existía fecha o época de terminación, pero concluía, igual que el contrato de arrendamiento, por denuncia unilateral del trabajador o del empresario. (...) El contrato a duración indefinida era el que normalmente se practicaba en la industria y en el comercio, pues presentaba indudables ventajas para la empresa: el patrono podía especializar a su personal o separarle en cualquier tiempo, con sólo cumplir el requisito del preaviso”.

(...) “Las reglas anteriores pasaron al derecho europeo y parcialmente al sudamericano. La más importante limitación se refirió a la reglamentación del período del preaviso. Posteriormente usaron la doctrina y la jurisprudencia la teoría del abuso del derecho para otorgar algunas indemnizaciones. En los últimos años y ante la influencia, primeramente de la Constitución de Weimar y, posteriormente, el derecho mexicano, se ha realizado esfuerzos para lograr una mayor estabilidad en las relaciones de trabajo. *El derecho individualista y liberal libra una de sus últimas batallas en este terreno de la estabilidad de los*

²⁰³ De la Cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa SA, Sexta Edición, Tomo 1, México, 1961, p. 755, 757, 799, 804, 805, 1809.

trabajadores: Si las relaciones de trabajo pueden concluir por denuncia unilateral, la autonomía de la voluntad, como elemento primordial para la existencia y persistencia de las relaciones jurídicas, mantiene su importancia. Esta lucha es parte de la que libra la concepción privatista del derecho del trabajo en defensa de la institución del contrato, como base necesaria y como reglamentación general, de las relaciones de trabajo” (...).

“Planiol relata que, a partir de 1870, los trabajadores ferrocarrileros solicitaron no se les separara sino por justos motivos, y tanto esta petición, como las sentencias de la Corte de Casación, condujeron a la Ley de 27 de diciembre de 1890, que es el primer paso legislativo del mundo capitalista y liberal para proteger a los trabajadores contra la disolución unilateral de las relaciones de trabajo”.

La protección llegó hasta solo exigirse la causa justa para el despido, por cuanto “en el derecho francés el trabajador no tiene derecho a reclamar su reinstalación en el empleo, y se argumenta para ello que las relaciones de trabajo conservan cierto carácter *intuitu personae* y que, en consecuencia, no se podía obligar a un patrono a tener a su servicio y contra su voluntad, a un trabajador”. (p. 801).

En Alemania, De la Cueva refiere que “La ley de consejo de empresa, es la más importante de todas las disposiciones dictadas en Alemania durante la República de Weimar. La ley no obstante su gran repercusión en Europa, no alcanzó las excelencias del derecho mexicano. (...)El interés fundamental de la reforma estriba en que, en ambos casos, el trabajador separado podía acudir al consejo de empresa y éste, siguiendo el respectivo procedimiento, *si encontraba que la separación no estuvo justificada, debía condenar a la reinstalación del trabajador en su empleo*. El derecho alemán se separó del francés, mejorando la condición de los trabajadores, al obligar -lo que era una novedad para Europa- al empresario a reponer al trabajador en su empleo. La

ley (...) *previó la posibilidad de que el patrono se negara a cumplir la condena y dispuso que, en la misma sentencia, se fijara el monto de los daños y perjuicios que habían de pagarse en el caso de incumplimiento.*

Luego “el artículo 36 de la Ley de Trabajo de 20 de enero de 1934 previno que el trabajador podía reclamar contra el despido (...) en la sentencia, si el despido era declarado sin causa justa, condenaría a la reposición del trabajador en el empleo o al pago de una indemnización, para el caso de que el empresario se negará a cumplir la sentencia”.

El Maestro De La Cueva, precisa además que el derecho español ...”recogió las orientaciones de las legislaciones francesa y alemana, superándolas y acercándose al derecho mexicano... en sus orígenes, rigió el sistema clásico francés; la Ley sobre Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931 impuso, para ciertos casos, la indisolubilidad de la relación de trabajo, y la consecuente acción de reinstalación en el empleo cuando el trabajador había sido despedido injustificadamente; un decreto de 12 de enero de 1935, permitió al empresario transformar su obligación en el pago de una indemnización; finalmente la Ley de 26 de enero de 1944 sobre el contrato de trabajo regresó al sistema de indisolubilidad de la relación de trabajo y de la reinstalación obligatoria”.

En México, “la fracción XXII del artículo 123 de la Constitución establece el principio, fundamental en el derecho mexicano, de que las relaciones de trabajo sólo pueden disolverse válidamente cuando exista una causa justificada. Consecuentemente con este principio, la misma fracción constitucional dispone que en los casos de separación injustificada del trabajador, podrá este optar entre el cumplimiento de la relación de trabajo o el pago de la indemnización. Los constituyentes de 1917 consignaron la plena estabilidad de los trabajadores en sus empleos. El precepto mexicano ha sido un ejemplo para el mundo”.

El maestro, Américo Plá Rodríguez, entiende que "...la obligación de reinstalación no es una obligación de hacer. La obligación principal que contrae el empleador al celebrar el contrato de trabajo es la obligación de pagar la retribución convenida, que es una obligación de dar. Pero el patrono, bien tiene derecho a utilizar la energía de trabajo del dependiente, no tiene obligación de utilizarla. Se agrega que lo que ha venido a complicar el problema es el término reinstalación, que da la apariencia de una obligación nueva de hacer a cargo del empleador. Esta obligación no existe: lo que el trabajador reclama es el cumplimiento del contrato: ofrece cumplir su obligación y se pone a las órdenes del empresario, reclamándole de éste el pago de la retribución pactada, y esta exigencia no hace ninguna obligación nueva de proporcionar trabajo(...)".²⁰⁴

Horacio Ferro ha apuntado, en su opinión, cuáles serían los efectos de la sentencia que dispondría una reinstalación: "...ella dejaría sin efecto la cesantía. Al borrar los efectos de la cesantía, queda nulo el despido y la relación contractual continúa produciendo sus efectos normales. El pronunciamiento *no crea un derecho nuevo, se limita a anular el acto que dispuso la cesantía, retrotrayendo el estado de cosas a la situación en que se hallaba con anterioridad a la fecha en que la medida se adoptó. La sentencia no es condena en sentido propio, es declarativa.* Este tipo de sentencia, no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica (...) , al actor le basta con que se declare la nulidad del acto que dispuso la cesantía".

De la Fuente, es de la misma opinión y "(...) considera que no puede ignorarse el hecho de que el trabajador no presta efectivamente servicios. Se entiende que la obligación del empleador no es simplemente pagar el salario como contraprestación de que el trabajador se ponga a disposición de él, sino

²⁰⁴Plá Rodríguez, Américo, *Principios de Derecho del Trabajo*, p. 178.

también brindarle oportunidad de trabajo. Sin reincorporación real se despoja al contrato de trabajo de algo que le es esencial...”²⁰⁵.

“La idea que respalda todas estas acciones destinada a obtener el cumplimiento efectivo del contrato es, como resulta obvio, que el contrato subsiste. Esta base supone, como contrapartida, la subsistencia de las obligaciones secundarias para el trabajador (el deber de lealtad, el deber de guardar los secretos, etc.), la posibilidad para el empleador de aceptar en cualquier momento la reincorporación del trabajador y la deducción de otros ingresos que pudiera percibir el trabajador. Completemos estas precisiones afirmando que *la estabilidad propia no supone jurídicamente la opción del empleador entre el reintegro del trabajador y el pago de las compensaciones económicas al trabajador. El reintegro es jurídicamente obligatorio, no facultativo, lo único que puede imponerse prácticamente contra la voluntad del empleador. Por eso, es buscar esos medios indirectos de lograr esa voluntad (...)*”²⁰⁶.

La mayoría de las legislaciones, que históricamente protegieron contra el despido arbitrario, no se encuadraron en una específica, (...) “conocimos, que las legislaciones (civiles o comerciales) durante la segunda ola de la revolución industrial, inspiradas en la autonomía de la voluntad, no reconocían indemnizaciones por ruptura del contrato y un paso adelante fue el establecimiento de un plazo de preaviso (...). Tal vez una de las legislaciones más protectoras del despido arbitrario, fue la vieja legislación de Cuba”. Pistone señala que la vieja legislación y constitución cubana adoptaban como sistema el de darle al trabajador los medios legales para que se reincorpore al empleo. Concretamente la vieja “Constitución de Cuba de 1940 establecía en su artículo 77° que ninguna empresa podría despedir a un trabajador sin previo expediente

²⁰⁵ De la Fuente, Horacio, *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*, p. 23.

²⁰⁶ Plá Rodríguez, Américo, *Ob. Cit.*, p. 182-183.

y con las demás formalidades legales, la cual determinará las causas justas de despido. La estabilidad fue reglamentada aun anteriormente en el decreto 798 de 1938, párrafo 14, que prescribía: en el caso de despido sin motivo justificado, el empleador debía reponer al trabajador precisamente en el mismo cargo del que fue despedido sin justa causa; solo si esto no fuere posible, se le daría otra plaza cuyas condiciones no sean más desventajosas para el trabajador que las del cargo anteriormente ocupado por él²⁰⁷.

Juan M. Pistone, explica las razones de la reposición, (...) “El propio derecho del trabajo es en gran parte derecho privado, como se tratará de mostrar en estas líneas. La mayor parte de la doctrina coincide en este punto²⁰⁸”. Y la estabilidad está regida por principios de derecho privado, y los efectos y alcances -aunque algunos jus laboristas creen que es algo nuevo, como el orden público- deben regirse por ellos, teniendo en cuenta la evolución del derecho en la aplicación de esos preceptos generales que debemos seguir observando. Aclaremos la razón de nuestra afirmación. La estabilidad se traduce en la práctica en el incumplimiento de una obligación por el empleador. En caso de rescisión del contrato, arbitrariamente por el dador de trabajo, el dependiente recurre a los efectos de las obligaciones y exige el cumplimiento o la correspondiente indemnización de perjuicios como indica el Código Civil para las obligaciones. Es decir, un medio directo y otro indirecto, de cumplimiento de la prestación prometida por el empleador. El sistema anglosajón entiende que el método de reparación o efecto de la obligación, debe ser “el devolver las cosas al estado que tendrían, si no hubiera ocurrido el hecho”. La restitución en especie, que el elevado a principio el Código Civil Alemán, si bien admite gran número de excepciones a favor del otro sistema. En cambio, el derecho romano y Código Civil francés, se inclinan por abonar una suma de dinero “que reponga en el patrimonio del acreedor perjudicado el valor que representada el

²⁰⁷Pistone, Mateo Juan, *Derecho a la estabilidad de los trabajadores dependientes*, p. 154.

²⁰⁸Krotoschin, Ernesto, *Algunas proposiciones sobre la relación entre el derecho de trabajo y el derecho privado*, L.L. t, 87, p. 804.

daño producido, admitiendo sólo excepcionalmente la restitución en especie. (...) El efecto en consecuencia de la estabilidad, fue la reincorporación en el empleo, se traduce en una indemnización de perjuicio, o el efecto se deja librado al criterio de un tribunal. (...) La estabilidad debe regirse por esos principios generales, y se adaptarán convenientemente a cada sistema, los que siguen la estabilidad relativa denominada impropia..., donde el incumplimiento se traduce en el pago de indemnización, aumentando el daño con la antigüedad de los servicios”²⁰⁹.

Finalmente, Américo Plá, precisa que *“El principio de continuidad ha llevado a resistir el despido o a condicionarlo a que exista justa causa para él. La tendencia predominante es que el contrato de trabajo dure mientras se conserve el trabajo porque cada vez es más firme y extendida la convicción de que la relación de trabajo sólo debe poderse disolver válidamente cuando exista algún motivo justificado. (...) La expresión derecho a la estabilidad tiene un sentido deliberadamente elástico y poliforme, que comprende diversas formas de protección (...) la estabilidad absoluta se configura cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasiona la ineficacia del despido y se garantiza la reincorporación efectiva del trabajador. La estabilidad relativa, en cambio, se configura en los restantes casos en que existe protección contra el despido pero ella no llega a asegurar la reincorporación efectiva del trabajador... y estabilidad impropia (cuando la vulneración de ese derecho no afecta la eficacia del despido, sin bien sanciona el incumplimiento contractual con indemnizaciones, sanciones administrativas, etc.)*²¹⁰. Agrega que *“(...) lo definitorio de este tipo de estabilidad es que se considera nulo el acto del despido, o sea, que se tiene por no hecho, pudiendo el trabajador seguir*

²⁰⁹Pistone, Mateo Juan, *Derecho a la Estabilidad de los Trabajadores Dependientes*, EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1965, p. 240-242.

²¹⁰Plá Rodríguez, Américo, *Extinción del Contrato de Trabajo en Uruguay*, en *La Extinción de la Relación Laboral*, AeLe Editorial, Lima, 1987, p. 349-350.

*considerándose empleado de la empresa y, desde luego, con derecho a percibir el salario (...)*²¹¹.

La crítica a esta posición, Guillermo Unzaga, la describe así: *“nosotros y la mayoría de la doctrina, no concebimos la estabilidad absoluta en la actividad privada, salvo que las partes voluntariamente lo acuerden, (...) puesto, que de lo contrario tal derecho, tendría caracteres propios de un verdadero derecho real sobre el patrimonio ajeno y no sería posible encuadrarlo dentro de los sistemas institucionales que garantizan la propiedad privada.* En esta línea de pensamiento, Pistone citando a Cabanellas, indica que *“(...) la tendencia a trasladar la teoría de la estabilidad del empleado al campo de las relaciones privadas, merece, por lo menos un repudio, porque en esta clase de relaciones no puede cercenarse la facultad del empleador de elegir sus empleados o despedirlos, sobre todo cuando en este último caso la ley le impone el cumplimiento de ciertos requisitos que se traducen en una indemnización que protege los intereses económicos del empleado(...)*²¹².

La razón fundamental, que sustenta la reposición a nuestro criterio está que al no existir causa que ampare el despido, la relación laboral mantiene su existencia, caso contrario, “la vulneración continua del principio de causalidad, ya sea mediante despidos cuya causa no se corresponde con la realidad o, simplemente, acausales, se produce en perjuicio de una de las partes de contratantes que, por su especial debilidad, es tributaria de la protección del ordenamiento laboral. El trabajador no es sólo la parte más débil desde un punto de vista contractual... en definitiva, no parece aceptable que la extinción contractual cause efectos, adquiera eficacia plena, en perjuicio de una de las partes se ha actuado en fraude de la ley o de manera manifiestamente arbitraria. El derecho del trabajo, al permitir el alejamiento de la realidad de los

²¹¹*Ibiden*, p. 176.

²¹²Unzaga Domínguez, Guillermo, *La Protección contra el Despido Arbitrario, La Ley*, Buenos Aires, 2004, p. 142.

supuestos de hecho de las normas que lo configuran, fracasa en el cumplimiento de su función de equilibrar en lo posible la posición de las partes contratantes, lo que comporta unas consecuencias jurídicas claramente indeseadas por el ordenamiento. Las normas estatutarias dedicadas al despido disciplinario, aunque parezca inverosímil reivindicar su función a estas alturas, tienen un objetivo muy concreto y no otro distinto, como indica su propia denominación. Incluso el ordenamiento civil, cuya configuración de la igualdad de las partes es meramente formal, reacciona con más firmeza ante el intento de defraudar sus normas. En cambio, en el ordenamiento laboral se ha institucionalizado el fraude a la ley, que ha devenido habitual en el tráfico jurídico, y se inaplica constantemente el principio de conservación del contrato, sin que el conjunto de la doctrina, salvando honrosas excepciones, reaccione en consecuencia. Quizás es el único supuesto en el derecho laboral en que se prima la forma en detrimento de la realidad, en contra de lo es tradicional en la disciplina²¹³.

Frente a las posiciones de la reposición e indemnización como reparatoras del despido del trabajador, nos inclinamos por la reposición, que repara en integro la afectación del derecho del trabajador al trabajo al no existir causa que justifique la terminación de la relación laboral. Sin embargo, el modelo económico que adopta el Estado expresado en las normas que contiene la Constitución y normas de menor jerarquía, instrumentalizado por los tribunales en sus sentencias al aplicar e interpretar la disposiciones laborales, se atenúa la reposición, disponiendo la indemnización como única reparación al ser despedido sin causa el trabajador; esta posición no protege al trabajador, por el contrario lo desprotege, avala y conserva el abuso que encierra²¹⁴, lo que

²¹³ Toledo Oms, Albert, *El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2009, p.22-23.

²¹⁴ *En materia de despido, el régimen laboral, denominado como estabilidad impropia, permite al empleador despedir sin causa aunque, valorando tal conducta anti-jurídica, sanciona una indemnización tarifada. (...) RCT art. 245 describiendo una lisa y llana inestabilidad, vulnera la garantía constitucional protectora contra el despido arbitrario garantía que sólo se cumple con*

importa considerar al trabajo como una mercancía, pues, mientras es necesario el trabajador doy trabajo, caso contrario, doy por concluida la relación laboral y paga la indemnización que la ley contempla, dejando de lado la “dignidad del trabajador como verdadero fin de todo proceso productivo”²¹⁵.

No obstante, que el legislador nacional ha negado al trabajador despedido sin causa la reposición en el trabajo; sin embargo, la justicia constitucional, el TC, ha considerado que la protección adecuada contra el despido arbitrario puede abordarse desde dos perspectivas: de una lado a través de un régimen sustantivo (Ley) y, por otro mediante un régimen 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”²¹⁶, y en efecto ha precisado que obtener la tutela restitutoria es la consecuencia de la vía procesal elegida para impugnar el despido, proceso de amparo: “(...) Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1 de la Ley 23506, -reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de una derecho constitucional-²¹⁷, - en el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de

la nulidad del despido incausado. (...) La tarifa indemnizatoria no protege contra el despido, precisamente porque lo supone y lo valida.

Capón Filas, Rodolfo, Protección Constitucional del Trabajo, Ensayo publicado por la Ley Suplemento de Derecho Constitucional, por los 150 años de la Constitución, p. 72-78. Buenos Aires.

²¹⁵ *García Toma, Víctor, Visión Constitucional del Trabajo, Análisis Laboral, Junio 2009, Lima, p. 6.*

²¹⁶ *STC 976-2001-AA/TC, FJ 13,b.1.*

²¹⁷ *STC 976-2001-AA/TC, FJ 13,b1.*

una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente⁻²¹⁸.

Finalmente, es necesario precisar que el proceso de amparo, es el remedio o la vía que utilice el trabajador para obtener la reposición siempre que exista un despido sin causa y que este constituya agravio al derecho constitucional del trabajo (protegidos en los artículos 22 y 27), – en la vía de 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, un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional⁻²¹⁹.

3.2 La indemnización como protección adecuada

Esta institución alcanzó su mayor desarrollo en Francia. En “Francia, que como vimos fue la primera legislación en contemplar la indemnización, utilizó primeramente una indemnización variable por despido sin causa. Esta, en términos generales dejaba al arbitrio de un tercero (juzgador) el determinar el importe de la indemnización, pudiendo según el caso establecerse mínimos o máximos a efectos de limitar la discreción del Juez. Así la vieja ley francesa de 1928 -ya citada-, estableció que *la rescisión del contrato por la voluntad de una sola de las partes podría dar lugar a daños y perjuicios*; y que los daños y perjuicios convenidos por inobservancia del plazo de despido no se confundirían con aquellos a que pudiera dar lugar, por otra parte, la disolución arbitraria del contrato por la voluntad de una de las partes contratantes; y a fin de comprobar la existencia del abuso, el tribunal podría realizar una investigación acerca de las circunstancias de la ruptura. (...)De acuerdo con lo expresado, se concede al juzgador pleno arbitrio para fijar en cada caso, la

²¹⁸ STC 976-2002-AA/TC, F 13,b.1.

²¹⁹ STC 976-2002-AA/TC, F 13, b.1.

cuantía de la indemnización, con conformidad con la extensión del perjuicio ocasionado por la ruptura abusiva del contrato de trabajo²²⁰.

La Dra. Estela Ferreirós, manifiesta que “(...) el despido sin causa, es un acto arbitrario cuyo costo debe siempre correr por cuenta de quien tomó la decisión u obliga a tomarla. Dejar de lado el costo de la decisión incausada del empleador, tendría un efecto retroactivo sobre la vida del contrato que resultaría demoledor para el instituto. La disparidad en que se desenvuelve la relación jurídica individual, requiere la existencia de un límite, no solo por el acaecimiento del daño que ocasiona el despido, sino por la necesaria utilización equitativa del poder de dirección del empleador en el ejercicio de sus funciones, que de otra manera se convertiría en un poder omnímodo que le permitiría imponer su voluntad fuera cual fuere, porque siempre estaría decidiendo con la puerta abierta del contrato y en un marco de altísimos porcentajes de desempleo que aumentan necesariamente la precariedad de la situación del dependiente en el quehacer laboral de cada día (...)”²²¹.

Guillermo Unzaga, considera que “(...) en la doctrina prevalece la opinión sobre el carácter sancionatorio de la institución. Considerándose que la indemnización por despido es verdaderamente tal, a favor del empleado despedido sin causa (...). Por ello, y antes de entrar en el tema de los daños que compondrán la misma, señalemos muy genéricamente, que hablar de indemnizaciones es hablar de reparación de daños”.

“... La indemnización por despido tiene un valor prefijado, no importa la cuantía de los daños sufridos, contra lo que ocurre con el derecho común, en el de daño e indemnización deben en lo posible igualarse. La laboral es una indemnización tarifada, para así evitar al trabajador los problemas normales de

²²⁰Unzaga Domínguez, Guillermo, *La protección contra el despido arbitrario*. P. 154.

²²¹Ferreirós, Estela, *La modernización del derecho del trabajo” en Derecho Laboral en la Integración Regional*, p. 19.

prueba sobre la importancia de sus perjuicios, medio técnico que con propósito protectorio el derecho del trabajo usa con frecuencia..."²²².

(...) "De lo que hemos señalado, también inferimos que la existencia de una tarifa legal rinde principalmente a beneficiar al empleado, liberándolo de probar los daños acaecidos por el despido. De lo contrario, no se nos escapa, que sería muy difícil a los empleados, ante una rescisión contractual, acreditar la existencia de daños concretos que le pueden ser imputados al empleador"²²³.

Para Antonio Vásquez, "(...) el daño a resarcir que sufre el empleado despedido sin justa causa, no responde a un incumplimiento en virtud de lo pactado por las partes acerca del plazo convenido por el contrato (...), sino a una decisión del propio legislador, que así como concede a la relación una vocación de permanencia, establece el modo como hay que reparar el daño provocado por el ilícito (...)". La citada constituye en la doctrina, la posición tradicional que entiende que la tarifa indemnizatoria compensa la totalidad de los daños patrimoniales como extra patrimoniales que nacen directa o indirectamente de la resolución del contrato. No distingue a ese fin si el despido se ha formulado dentro del margen de razonable discrecionalidad que otorga la ley al empleador, o si se ha ejercido la facultad en forma claramente abusiva. En tal óptica la tarifa cubre la totalidad del daño sin posibilidad alguna de obtener reparaciones complementarias"²²⁴.

Hasta aquí, el sentido de la reparación indemnizatoria en el despido sin causa, sigue el criterio adoptado inicialmente en el derecho francés, reparando el abuso del empleador al dar por terminada la relación laboral sin motivo alguno.

²²² Ramírez, Bosco, *Manual del Despido*, p. 125.

²²³Unzaga, Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 33.

²²⁴ Vásquez Vialard, Antonio, *tratados de derecho laboral*, p. 529 a 531, citado por Unzaga Domínguez, *Ob. Cit.*, p. 35.

Esta opción, como se ha podido apreciar de las citas bibliográficas realizadas, corresponde cuando el legislador opta por la opción de la estabilidad relativa, siguiendo los cánones de liberalismo económico, y la autonomía de la voluntad del derecho civil. Este tratamiento se expresa en la casuística judicial que a continuación citamos:

“1. En los últimos años de la primera mitad del siglo pasado, dictaron los tribunales inferiores de Francia algunas sentencias, estableciendo que, “en los casos en que la terminación de las relaciones de trabajo se debiera a una falta del patrono, comprendida en el Artículo 1382° del Código Civil, según el cual, todo hecho del hombre que cause a otro un daño, obliga a la reparación, había lugar a condenarle al pago de una indemnización”. Poco tiempo después, modificaron los tribunales el sentido de sus fallos, procurando una mejor protección de los trabajadores, al decidir que debía concederse una indemnización, siempre que el despido hubiera tenido lugar sin justos motivos. La Corte de Casación, según relata Vincent, casó todas las sentencias y, consecuentemente, mantuvo la vieja doctrina. La Sentencia de la Corte de Casación de 8 de febrero de 1859 trató de precisar la doctrina, diciendo que la ruptura del contrato no debía efectuarse de manera perjudicial a los intereses de una de las partes. Una sentencia posterior, de 5 de febrero de 1872, estableció una distinción, entre motivo legítimo, que no era exigido para la disolución de las relaciones de trabajo y la falta de una de las partes, que daba lugar a responsabilidad”²²⁵.

²²⁵ De la Cueva, Mario, *Ob. Cit.*, p. 799.

“2. SC Buenos Aires, en autos: Lantarón, Deniel Emilio c. Banco Español de la Plata. “(...)La ley laboral impone al empleador que ejerce sus facultades resolutorias sin invocar o justificar la causa de la extinción del contrato, la obligación de pagar a su dependiente la indemnización legal con independencia de los daños reales sufridos (...)”.

“(…) El sistema tarifario escogido por el legislador en el artículo 245° de la Ley del Contrato de Trabajo no puede examinarse en su validez constitucional con prescindencia de su contrapartida: la presunción del daño ocasionado por la rescisión injustificada del contrato de trabajo, de lo que deriva como consecuencia favorable para el trabajador la percepción de la indemnización sin necesidad de acreditar el daño, con la consiguiente agilización de los trámites judiciales (...)”²²⁶”.

La indemnización como mecanismo de protección frente al despido sin causa, constituye la tutela resarcitoria. “La tutela resarcitoria parte de la existencia de un daño ilícito debido a un incumplimiento contractual del empleador. Es una sanción que trata de reprimir la conducta arbitraria del empresario y al mismo tiempo un equivalente a la no revocación del despido y no continuidad del contrato. El título del resarcimiento es la ilicitud del despido, su carácter lesivo de deberes contractuales pero también formalmente aparece como sustituto de la no ejecución forzosa de la readmisión, más que como una medida conminatoria que fuerce a esa readmisión”²²⁷.

Los defensores de la indemnización como mecanismo de protección frente al despido sin causa, consideran al trabajador y la relación de trabajo, como si se

²²⁶Unzaga Dominguez, Guillermo, *Ob. Cit.*, p. 32-33.

²²⁷ Rodríguez-Piñero, Miguel y Bravo-Ferrer, *Ob. Cit.*, p. 39.

tratara de una relación por debajo de la civil; al existir una decisión del empleador de incumplir ilícitamente el contrato de trabajo, dar por terminada la relación sin explicar la causa, solo puede sancionarse con el pago de una indemnización tarifada, olvidándose que en el derecho civil, la parte que no cumple con la prestación debida -obligación-, primeramente puede ser obligada a cumplir con la prestación dentro de un plazo (15 días), caso contrario, el acreedor tiene expedito su derecho a ejercitar la resolución de la relación obligatoria y solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, conforme lo establece el artículo 1429²²⁸ del Código Civil. En materia laboral, sin mayor reparo el trabajador por mandato de la ley no puede exigir el cumplimiento del contrato de trabajo, esto es que se cumpla con la prestación del trabajo en el horario y lugar establecido por el empleador, sino que se hace acreedor, como única opción, a recibir por el incumplimiento ilícito del empleador sólo el pago de una indemnización.

Desde este punto de vista, en nuestra opinión los derechos del trabajador que nacen del contrato de trabajo son menores que los que tienen las partes en un contrato civil, pues según este último tiene que existir una causa que justifique la terminación de la relación obligacional, por ende, el trabajador tiene menor protección a su derechos que en un contrato civil. Este tratamiento, desproporcionado y discriminatorio debe ser revisado por el legislador, teniendo en consideración el principio que señala la Constitución, que la relación laboral no puede motivar “limitar el ejercicio de los derechos constitucionales²²⁹, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”²³⁰. De

²²⁸ *“En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios”.*

²²⁹ *Constitución Política de 1993, Artículo 2.- Derechos Fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de (...) condición económica o de cualquier otra índole”.*

²³⁰ *Artículo 23.- El Estado y el Trabajo. Párrafo 2.*

allí partió la posición del Tribunal Constitucional del Perú, de “rechazar la adecuación a la Constitución de la decisión del legislador de permitir el pago de una indemnización como única reparación frente a este tipo de actuaciones y a inclinarse por imponer en estos casos la única solución que garantiza el pleno restablecimiento de la integridad del supremo bien afectado: la privación radical de efectos del acto ilegítimo, mediante la readmisión en el empleo del trabajador”. “(...) Y merecen, en virtud de ello, una reacción más severa del ordenamiento jurídico, dado el valor absoluto que, (...) posee la dignidad humana, “piedra angular de los derechos fundamentales” y “soporte del modelo jurídico, político, económico y social de la Constitución”. (...) La tesis es, así, plenamente coherente con el sistema de principios y valores consagrados por la Constitución, encontrando su punto fundamental de apoyo nada menos que el artículo 1 de ésta”²³¹. Contrario sensu, de aceptarse, la posición del legislador, de permitirse el despido sin causa, se asemeja al sistema de los Estados Unidos, cuyos fundamentos explican por sí solos cuáles son las razones de mantener y desarrollar dichos despidos²³². La Ley Norteamericana

²³¹ Sanguinetti Raymond, Wilfredo, *La Protección de los derechos laborales en la Constitución de 1993, en Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional, Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006.p. 98-99.*

²³² “(...) Entre nosotros (los americanos) es inflexible la regla de que una contratación general o indefinida es (...) terminable o voluntad de ambas partes, sin distinción o este respecto entre domésticos y otros servants. La nueva regla que asimilaron inmediatamente los Tribunales de ciertos Estados, se juridificó al decidirse por el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York -el Estado más significativo del momento- el caso *Martin v. New York Life Insurance Co. (1895)*, en el cual el Juez Barlett declaró que -aunque las decisiones de los tribunales... sobre este punto no han sido uniformes, pensamos que la regla establecida por Mr. Wood es correcta-. Y tras su aceptación por el Tribunal Supremo Norteamericano en los *Adair v. United States (1908)* y *Coppage v. Kansas (1914)*, identifica doctrina se expandió luego por los diversos Territorios y Estados de la Unión; de manera que hoy, salvo en Dakota del Sur y Puerto Rico es derecho vigente”. p. 133. “...del éxito de la regla de Wood, la que parece más plausible es ésta: 1) la economía del país, empeñada entonces en la colonización del Oeste, exigía completa libertad de empresa; lo reconoció en 1884 el Juez Ingersoll -esto asegura una total libertad industrial-; para concluir que -las compañías de ferrocarriles... pueden despedir a voluntad a sus trabajadores, sean pocos o muchos-; 2) además, la increíble oferta de empleo de la época -que atraía millones de inmigrantes- mitigaba la dureza de la regla; lo reconoció, también, en 1932 el Juez St. Paul, afirmando que -nunca se presume que un trabajador compromete permanentemente sus servicios privándose por ello de toda posibilidad de mejorar su condición; verdaderamente, en esta tierra de oportunidades sería contrario al orden público y al espíritu de nuestras instituciones que un trabajador se dañase a sí mismo de este

permite que puedan celebrarse convenios colectivos para garantizar la causalidad del despido y la reposición como reparación del derecho afectado²³³.

Finalmente, en mérito a lo descrito y analizado en este Capítulo, compartimos y consideramos válida la posición del Tribunal Constitucional, de considerar que el despido sin causa al tutelarse solo con la indemnización dispuesta por el legislador, afecta y vacía el contenido esencial del derecho al trabajo, y fundamentalmente viola el principio de dignidad del trabajador, razón por la cual el despido sin causa debe reputarse inexistente al declararse nulo el acto, lo que por su propia naturaleza restablece el vínculo laboral o la relación de trabajo.

modo". Martínez Girón, Jesús, *El Despido en el Derecho de los Estados Unidos*, Editorial Civitas SA, Madrid, 1988, p. 131-136.

²³³ "(...) Se trata de dos acciones sujetas a un régimen jurídico-procesal relativamente parecido, pero que difiere en lo tocante a los remedios que el trabajador puede pretender si fuese declarado injusto su despido, dado que la readmisión sólo es posible decretarla en el caso de acciones deducidas por incumplimiento de convenio colectivo. Ahora bien, si no existe pacto -individual o colectivo- que limite de algún modo la duración del empleo, el trabajador ni siquiera puede pretender daños por incumplimiento de contrato, aunque alegue y pruebe que había sido caprichosamente despedido, pues en esta hipótesis los tribunales de todos los Estados y Territorios de la Unión -salvo Dakota del Sur y Puerto Rico- consideran que el contrato de trabajo ha sido concertado a voluntad (at Will) de ambas partes contratantes; razón por la cual el empresario puede, en cualquier momento al igual que el trabajador, resolver lícitamente dicho contrato de duración indefinida sin precisar justa causa. Esta última doctrina judicial -legitimadora de una situación de -despido libre- ha provocado

o, a veces, denegaciones de justicia flagrantes en los Estados Unidos. Y, por eso, los Tribunales de ciertos Estados -sobre todo California- han creado nuevas acciones que, sin desmentir la doctrina at will- el trabajador sigue sin poder demandar por incumplimiento de contrato-, permiten declarar injusto el despido cuando supone un incumplimiento extracontractual del empresario. Estas nuevas acciones constituyen lo que genéricamente se llama el -tort de despido injusto-, un remedio ... que todavía en su infancia- (Juez Ryan, 1981), pero que prueba que -el commonlaw no es una colección de principios jurídicos (...) arcaicos (...) sino un sistema de derecho vivo...[cuyo] genio... es su edad y continuidad... [y] su vitalidad y adaptabilidad. Juez Phillips, 1985". Martínez Girón, Jesús, *Ob. Cit.*, p. 34-35.

Es necesario, también precisar que el Tribunal Constitucional fija y flexibiliza su posición descrita anteriormente, al permitir que el trabajador pueda decidir por la indemnización en lugar de la reposición. Considera que la opción adoptada por el trabajador de solicitar la indemnización es compatible con la Constitución en la siguiente casuística:

(...) “ La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.”²³⁴. Y (...) “ el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados”²³⁵.

Consecuentemente, la indemnización como única vía de tutelar el derecho del trabajador cuando existe un despido incausado o arbitrario, como lo establece el artículo 34 del DS No. 003-97-TR, es manifiestamente inconstitucional por afectar el principio de causalidad, dignidad de la persona ab initio, y el contenido esencial del derecho al trabajo “el derecho a no ser despedido sino por causa justa”.

Finalmente, coincidimos con la posición adoptada por el Tribunal Constitucional, respecto a la tutela resarcitoria, porque se acerca a tutelar de

²³⁴ Fundamento 12, Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 1124-2001-AA/TC-Lima, 11 de julio del 2002, Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú SA y Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú SA y Telefónica Perú Holding SA.

²³⁵ Fundamento 7, Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente No. 0206-2005-PA/TC, César Baylón Flores con EPS EMAPA HUACHO SA.

manera efectiva el derecho de trabajo y la protección al despido arbitrario, cuando establece 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 la indemnización. A partir de esta premisa, el TC concluye que la opción del legislador (...) 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”²³⁶. La posición es concordante con el Protocolo de San Salvador o el Convenio 158 de la OIT, que contemplan diversas medidas reparatoras frente al despido sin causa.

3.3 Posición Final

Nuestra evaluación respecto a la posición asumida por el Tribunal Constitucional, la consideramos flexible frente a la posición asumida con relación al contenido esencial del derecho del trabajo, porque al no existir causa que justifique el despido, la indemnización no puede reparar íntegramente el despido. Contrario sensu, el Tribunal Constitucional estaría avalando la arbitrariedad del despido, en ese sentido coincidimos con la afirmación del profesor y magistrado Rodolfo Capón Filas: “(...) *en materia de despido, el régimen laboral, denominado como estabilidad impropia, permite al empleador despedir sin causa aunque, valorando tal conducta anti-jurídica, sanciona con una indemnización tarifada. (...) RCT art. 245° describiendo una lisa y llana inestabilidad, vulnera la garantía constitucional protectora contra el despido arbitrario garantía que sólo se cumple con la nulidad del despido incausado. (...) La tarifa indemnizatoria no protege contra el despido, precisamente porque lo supone y lo valida*”.

²³⁶ STC 976-2001-AA/TC, FJ 12, a.2.

CAPÍTULO III

LA PROTECCION DEL DESPIDO ARBITRARIO EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA LABORAL

En cuanto a esta variable, a continuación demostraremos la existencia de un doble tratamiento o tutela que se otorga al trabajador despedido sin causa, o arbitrariamente, a partir del precedente establecido por el Tribunal Constitucional²³⁷. Pues, el trabajador afectado, con el despido sin causa, debe optar entre solicitar la reposición ante el juez de amparo, o recurrir al juez laboral solicitando la indemnización por el despido. Las acciones son excluyentes como explican las resoluciones que citamos en el presente capítulo.

Consecuentemente, no obstante ser uno y el mismo hecho: el despido sin causa del trabajador, hemos verificado que la protección dependerá de la vía o acción que ejercite el trabajador:

- El Juez Constitucional, ordena la reposición o reincorporación al centro de trabajo si el trabajador recurre mediante al proceso de amparo, alegando la violación del derecho constitucional al trabajo. En este caso, el trabajador esta mejor protegido, pues en este caso se ordenará la reposición, como consecuencia de declarar la nulidad del acto (despido sin causa) que viola la Constitución del Estado –Justicia Constitucional-.
- El Juez Laboral, solo puede ordenar pagar la indemnización tarifada que dispone la ley, artículo 34 del DS 003-97-TR. En este caso, a nuestro criterio el trabajador esta menor protegido cuando recurre al proceso

²³⁷ Expediente No. 0206-2005-PA/TC. Se puede acudir a la justicia ordinaria (juzgados y salas laborales) buscando tutela restitutoria ante el despido nulo; y a la justicia constitucional vía amparo solicitando la reposición ante el despido nulo, fraudulento e incausado, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado y no el proceso judicial ordinario.

laboral ordinario, pues en este caso sólo puede ordenarse el pago de la indemnización tarifada al trabajador despedido sin causa. Por tanto, no es posible en esta sede, solicitar la reposición; los intentos de los trabajadores despedidos solicitando la nulidad del acto, han sido declarados improcedentes. Sin embargo, a pesar de existir esta tendencia uniforme, hemos podido verificar la existencia de un voto singular, que trascribimos la parte pertinente, para permitir la reposición vía el control difuso de la norma -artículo 34° del D. S. No. 003-97-TR-, posición que compartimos, por cuanto es posible ordenar la reposición del trabajador conforme al mandato constitucional: (...) *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*²³⁸. Además que en la doctrina²³⁹ se viene construyendo la posibilidad de realizar el control difuso para permitir la reposición en la vía laboral, a la luz de la casuística que se presenta.

En tal sentido, la justicia constitucional a diferencia de la justicia laboral, es más

²³⁸ Segundo Párrafo del Artículo 138.- de la Constitución Política de 1993.

²³⁹ (...) *“También se plantea la posibilidad del control difuso del artículo 29 de la LCPL, invocando las causales creadas por el TC, aunque, alternativamente, se insinúa que sencillamente podrán ampararse estas demandas siguiendo la jurisprudencia del TC. En otro apartado y siempre sobre la misma cuestión, lo establecido por la norma para el caso de los despidos arbitrarios; razón por la cual somos de la idea de que se puede inaplicar la normatividad laboral pudiendo reponer a un trabajador que sido objeto de una despido arbitrario, pero utilizando para tal efecto la facultad que tienen los jueces de aplicar el control difuso o aplicando los criterios asumidos por el Tribunal Constitucional, dejando el tema de la indemnización por despido arbitrario sólo para los casos en los que el demandante pretenda ello”. (...) “No ha merecido hasta la fecha, suficiente atención, según la literatura revisada. En primer lugar, partimos de la premisa de que la STC, Caso Baylón Flores, contiene un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento (con fuerza normativa equivalente al de una ley), cuya claridad y alcances no permite albergar duda alguna: “la vía ordinaria laboral”, vale decir, la jurisdicción especializa del trabajo, utilizando las herramientas procesales predeterminadas por la ley ... a partir del indicado precedente jurisprudencial (28 de noviembre del 2005), está obligado a avocarse, sustanciar y resolver las demandas que impugnen despidos lesivos de derechos fundamentales, bajo la modalidad de “despido fraudulento”, únicamente cuando su esclarecimiento jurisdiccional requiera la actuación de medios probatorios”. Castillo León, Víctor, El Despido Fraudulento que requiere prueba ante la vía ordinaria laboral, en Vox Iudex, Revista de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Año 1, Trujillo, febrero, 2008*

protectora para el trabajador que ha sido despedido sin justificación. Encontramos que la fundamentación difiere en ambas, para otorgar la protección; según el TC la reposición -al restablecer el vínculo o relación laboral-, corresponde por ser la consecuencia inmediata de privar de eficacia legal al acto violatorio de un derecho constitucional²⁴⁰ (derecho del trabajo). Sin embargo, para la justicia laboral, la protección del trabajador despedido sin justificación, consiste en ordenar al empleador pague la indemnización que dispone la ley laboral, por tanto, no puede ordenar la reposición²⁴¹; salvo un caso, donde el voto en discordia se fundamenta en otorgar la protección con la reposición del trabajador vía el control difuso de la norma (artículo 34° del DS No. 003-97-TR) en el mismo proceso laboral.

Finalmente, hemos constatado, al aplicar el cuestionario, que los jueces laborales deniegan la revisión judicial del despido incausado, apoyándose textualmente en la ley, y que tampoco pueden realizar el control difuso por considerar que sólo es facultad del juez constitucional en un proceso de amparo. A nuestro criterio, el juez laboral ha desperdiciado una brillante oportunidad de otorgar tutela efectiva aplicando el artículo 138° de la Constitución Política del 1993.

²⁴⁰ Ley 28237, CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Artículo 1. Finalidad de los procesos constitucionales. Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, (...).

²⁴¹ Decreto Supremo No. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, TUO del Decreto Legislativo No. 728. **Artículo 34.** Despido arbitrario y despido nulo. (...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38 como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. (...).

Artículo 38. Indemnización por despido arbitrario. La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

Justificación de la muestra: En consideración a que el investigador puede fijar la población y la muestra, para los efectos de demostrar la hipótesis, las variables e indicadores, para la presente investigación se ha tomado la decisión para la muestra 12 sentencias representativas de las instancias que corresponde: al Tribunal Constitucional (5 resoluciones), y para la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, Juzgados y Salas de la Corte Superior de Justicia de Lima (7 resoluciones). Asimismo, se ha aplicado un cuestionario a los 29 jueces de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima para recoger la información especializada sobre esta materia, sin embargo, solo 07 Jueces respondieron, por tanto, nuestra muestra está constituida por los 07 cuestionarios aplicados y con respuesta.

Sección 1. La protección en las sentencias del Tribunal Constitucional

1.1 Expediente No. 0145-2008-PA/TC, Arequipa

César V. Zúñiga Boza con Municipalidad Provincial de Arequipa

(...)

“7. Por lo tanto, con los documentos mencionados en el considerando anterior, este Colegiado determina que el demandante ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, siendo de aplicación el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral a plazo indeterminado; por lo que la demandada, al haber despedido al demandante sin haberle expresado la causa relacionada con su conducta o su desempeño laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues la ha despedido arbitrariamente”.

“(...) 9. Por consiguiente (...) cualquier determinación por parte del empleador para la culminación de la relación laboral sólo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley; de lo contrario se trataría de un despido arbitrario, como en el presente caso, cuya proscripción garantiza el contenido esencial del derecho al trabajo, reconocido por el artículo 22 de la Constitución Política”.(...)

HA RESUELTO

1. *Declarar Fundada la demanda de amparo.*
2. *Ordenar a la Municipalidad Provincial de Arequipa que reponga a don César V. Zuñiga Boza en el cargo que desempeñaba o en otro de igual nivel y categoría, y asimismo se le abone los costos del proceso en la etapa de ejecución de sentencia.*

SS. Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda.

1.2 Expediente No. 01793-2008-PA/TC, Tacna

29.04.2009

Orille Edna Aguirre Ticona con Proyecto Especial Afianzamiento y Ampliación de los Recursos Hídricos de Tacna.

(...)

“11. En consecuencia siendo el contrato celebrado por las partes uno de duración indeterminada, la emplazada al haber despedido a la demandante sin haberle expresado una causa relacionada con su conducta o su desempeño laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, razón por la cual se configura un despido incausado”.

“12. Habiéndose acreditado que la emplazada ha vulnerado el derecho constitucional al trabajo de la demandante, corresponde, de conformidad con el artículo 56 del Código Procesal Constitucional (...)”.

HA RESUELTO

1. *Declarar Fundada la demanda de amparo.*
 2. *Ordenar al Proyecto Especial (...) que reponga a doña Orielle E. Aguirre Ticona en el cargo que desempeñaba o en otro de igual nivel y categoría. (...) SS. Vergara Gotelli, Mesia Ramírez, Álvarez Miranda.*
-

1.3 Expediente No. 1124-2001-AA/TC (fundamento 12).

Sindicato de Trabajadores de Telefónica con Telefónica del Perú

“(…) Debe considerarse que el artículo 27 de la Constitución contiene un mandato al legislador para establecer protección frente al despido arbitrario. Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

Se trata de una mandato al legislador.

Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.

No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, son que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser “adecuado”, se está resaltando aunque innecesariamente – que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, 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”.

1.4 Expediente No. 3275-2003-AA/TC, (Fundamento 3, 4 y 5)

(…)

“En tal sentido, habiéndose verificado que al momento de entrada en vigencia de la Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo No. 910, el demandante venía desempeñándose como inspector de trabajo en la Dirección de Trabajo y Promoción Social, labor que tenía las características de subordinación y permanencia, resultaba aplicable a su caso lo dispuesto por la referida norma.

Así, constatándose que al momento de su separación del cargo el demandante había superado el período de tres meses previsto por el artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, como período de prueba, había adquirido el derecho a la protección

contra el despido arbitrario refrendado por la sentencia emitida por este Tribunal en el Expediente No. 976-2001-AA/TC.

Por consiguiente, en el presente caso se ha configurado el supuesto de despido arbitrario, por lo que procede estimar la demanda en el extremo que se refiere a la reposición del trabajador”.

1.5 Expediente No. 976-2001-AA/TC

(...)

“13. b) Sin embargo, el establecimiento de un régimen sustantivo de protección adecuada contra el despido arbitrario, en los términos que antes se ha indicado, no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, por decirlo así, de carácter procesal.

Es decir, el establecimiento mediante ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que en otros también puede tener un alcance totalmente independiente.

b.1) (...) pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente.

b.2) Sin embargo, como antes se ha anotado, al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, 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.

Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1 de la Ley

23506, “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”.

En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente.

Y es que, en rigor, en la vía de 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. (...)

Por ello, el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despido arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes:

Despido nulo (...)

Despido incausado

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (caso Telefónica, Expediente No. 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución y demás conexos.

Se produce el denominado despido incausado, cuando:

Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique”.

Despido fraudulento (...)

16. En mérito a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción

reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcitoria por el daño causado), según sea el caso.

Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral". (...)

SS Alva Orlandini, BardelliLartirigoyen, Rey Terry, RevoredoMarsano, Gonzales Ojeda, García Toma.

Sección 2. La protección en las sentencias: Sala de Derecho Constitucional y Social, Juzgados y Salas Laborales.

2.1 Casación 2306-2004

Lima, 13.07.06

Jorge L. Picón González con SUNAT

CONSIDERANDO:

(...) Sexto.- (...) Razón por la cual este acto deviene en lesivo del derecho constitucional al trabajo que consagra el artículo 22 de la Constitución Política del Estado, cuyo contenido esencial no se agota en el derecho a acceder a un puesto de trabajo sino también en el derecho a no ser despedido salvo por causa justa.

Sétimo.- Que, de este modo se configura el despido arbitrario que invoca el demandante por lo que le corresponde la indemnización tarifada que contempla el artículo 38 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, como así lo establece el A Quem en la sentencia recurrida, (...).

RESOLUCION:

Declararon Infundado el recurso de casación interpuesto (...) por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –SUNAT, en consecuencia No Casaron la sentencia de vista (...). CONDENARON a la recurrente a la multa (...); en los seguidos por don Jorge Luis Picón Gonzales sobre indemnización por Despido

Arbitrario; y estando a que la presente resolución sienta precedente de observación obligatoria en el modo y forma previsto en la ley; ORDENARON la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”; y los devolvieron.-

SS. Villa Stein, Villacorta Ramírez, Acevedo Mena, Estrella Cama, Rojas Maraví.

2.2 Casación No. 613-2008 Arequipa

Lima, 19.06.2008.

CONSIDERANDO:

(...) Sexto: Que, la sentencia de autos ha sido apelada por SEDAPAR y los magistrados (...) exponiendo en síntesis, como agravios que el Juez Laboral no puede tutelar un derecho más allá de los reconocidos por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, que la sentencia viola los principios de congruencia, al contradictorio y de defensa al pronunciarse sobre un aspecto no alegado como causa petendi (cosa juzgada) lo que no ha sido materia de controversia y les causa indefensión, que el fallo contiene una motivación aparente pues al demandante se le otorgó un plazo razonable para que adecue su demanda a la normatividad positiva laboral considerando que la Sentencia de Tribunal Constitucional en referencia en ningún extremo establece que la jurisdicción ordinaria laboral debe resolver los supuestos de despido fraudulento cuando exista controversia y que, en todo caso, la resolución apelada no ha meritado otros criterios jurisprudenciales del propio Tribunal Constitucional que refieren que en casos de despido sin causa con reposición la vía adecuada es el amparo, como en el caso de la sentencia del propio Tribunal Constitucional No. 5242-2005-PA/TC caso Roberto Anco Pérez del seis de enero del dos mil seis, según la cual el proceso de amparo sigue siendo la vía idónea cuando se trata de despidos arbitrarios sin invocación de causa.

(...)

CONFIRMARON la sentencia apelada (...) de fecha quince de enero del dos mil ocho, que declara fundada la demanda de amparo interpuesta por don José Silfrido Alberto López Concha contra los Vocales de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y otros, con lo demás que contiene (...).

*SS Román Santisteban, Rodríguez Mendoza, Gazzolo Villalta,
Pachas Avalos, Ferreira Vildozola.*

2.3 Casación No. 3034-2009, Huàura

Lima, 26.08.2009.

VISTA: (...) CONSIDERANDO:

(...) Segundo.- Que respecto al primer agravio denunciado, la impugnante denuncia la aplicación indebida del artículo 77 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y fundamenta su recurso señalando que la norma aplicable al caso es el artículo 29 de la norma precedentemente citada, al contener los únicos supuestos en que se puede fundamentar una demanda de nulidad de despido.

(...) Quinto.- Que, emitiendo pronunciamiento de fondo respecto de la causal declarada procedente, es preciso señalar que nuestro ordenamiento jurídico laboral, ha regulado legislativamente la protección del trabajador contra un acto de despido ya sea motivado o inmotivado (arbitrario), estableciendo para ello dos tipos de reparación, una de ellas es la “Restitutoria” que se materializa con la “Reposición” del trabajador en el puesto de trabajo, y la otra es “Resarcitoria” que se materializa en una “Indemnización por el despido”.

Sexto.- Que, la reparación restitutoria procede cuando el despido del trabajador obedece a una causa o motivo que lesiona derechos de contenido constitucional, es por ello, que la reparación contra éste despido motivado, calificado como nulo, es la reposición del trabajador, así como el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, el cual además, encuentra sustento en alguno de los supuesto contenidos en el artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, que dispone: “Es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato ...; b) Ser candidato o representante de los trabajadores ...; c) Presentar una queja o participar ...; d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; e) El embarazo ...”(sic)

Sétimo.- Que, la reparación indemnizatoria o resarcitoria procede cuando existe una despido pero éste no tiene motivación, es decir, cuando no se expresa o si es expresada no puede ser demostrada en juicio, de ahí la arbitrariedad de éste y la reparación establecida

por ley consiste en una indemnización pecuniaria que equivale a una remuneración y media por cada año de servicios, según lo dispone el artículo 38 del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

Octavo.- Que, de otro lado, cabe precisar que en base a la urgencia de los derechos involucrados y por haberse producido una lesión de derechos constitucionales (de acuerdo al criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente número 206-2005-PA/TC, de fecha veintiocho de noviembre de dos mil cinco, Caso: César Antonio Baylón Flores con la Empresa Prestador de Servicios -EMAPA Huacho Sociedad Anónima) el proceso de amparo también resulta procedente para solicitar una protección de carácter restitutorio (readmisión en el empleo), el cual no sólo se limita a los supuesto de nulidad de despido contenidos en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sino también cuando se invoca un “Despido Incausado o Fraudulento”, lo que garantiza al trabajador afectado la consagración de una tutela plenamente restitutoria que permite reponer el goce integral y el ejercicio pleno de su derecho constitucionalmente protegido, esto es, el derecho al trabajo; por tanto, la opción respecto a la tutela restitutoria o la tutela resarcitoria es un derecho que el trabajador despedido y lo expresa en el proceso judicial optado.

Noveno.- Que, en el caso que nos ocupa, el trabajador demandante ha optado por una protección de carácter restitutorio buscaba dentro de una proceso de nulidad de despido tramitado en la vía ordinaria laboral; en consecuencia, al haber escogido dicha vía procesal, el pedido del demandante deberá necesariamente encontrarse sustentado en alguno de los supuestos que en “numerus Clausus” establece el artículo 29 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, al ser estas las únicas posibilidades por las cuales - en caso de ampararse su pretensión- se puede ordenar la reincorporación de actor a su puesto habitual de trabajo; por tanto, si bien en los fundamentos de su demanda el actor sostiene que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se han desnaturalizado, toda vez que inicio su relación laboral bajo un contrato de naturaleza civil - locación de servicios-, posteriormente celebró contratos de trabajo modales, en los que no se señaló el objeto de los mismos, y otros cuya modalidad y funciones realizadas eran de naturaleza ordinaria y no excepcionales, en consecuencia la extinción de su vínculo laboral se asimila al “Despido Incausado”, sin embargo, éste no es un argumento que califique como nulo el despido del que fue objeto al no encontrarse considerado dentro de las causales de nulidad de despido, es por ello, que la desnaturalización de un contrato de trabajo modal resultaría

irrelevante cuando se pretende la declaración de nulidad de una extinción del vínculo laboral en un proceso ordinario laboral.

Décimo.- Que, lo precedentemente señalado, permite concluir que las instancias de mérito al estimar la demanda de Nulidad de Despido, por presentar la figura de desnaturalización de los contratos, han incurrido en una indebida aplicación del artículo 77 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, en tanto, dicho supuesto no constituye causal de nulidad de despido, sin que ello importe una trasgresión al precepto constitucional contenido en el artículo 27 de la Constitución Política del Estado, en tanto, como bien se ha señalado en los considerandos precedentes, la adecuada protección frente al despido arbitrario ésta en función a la opción del trabajador de obtener tutela restitutoria o resarcitoria, la que se verá expresada por el tipo de vía procesal optada, esto es, la ordinaria laboral o la del proceso de amparo constitucional; consecuentemente, ésta Suprema Sala determina que al no encontrarse la demanda motivada el alguna de las causales contenidas en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, nos encontramos frente a una demanda improcedente.

RESOLUCION:

Por estos fundamentos: Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos setenta y siete por la demandada, Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado - SEMAPA Barranca Sociedad Anónima; en consecuencia, CASARON y declararon NULA la sentencia de vista contenida en la resolución número catorce de fojas doscientos cincuenta y seis, su fecha veintiséis de noviembre de dos mil ocho; y actuando en sede de instancia, REVOCARON la sentencia apelada de fojas doscientos dos, de fecha catorce de julio de dos mil ocho que declara fundada la demanda de fojas noventa y dos; y reformándola declararon IMPROCEDENTE la misma; en los seguidos por Susan Jane Arteaga Zúñiga, sobre nulidad de despido, ORDENARON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruana" conforme a ley; interviniendo como ponente el Juez Supremo señor YrrivarrenFallaque; y los devolvieron.-

S. S.

Sánchez Palacios Paiva, YrrivarrenFallaque, Torres Vega, Araujo Sánchez, Chumpitaz Rivera.

2.4 Sentencia No. 059-2008-26JLE

Lima, 02.06.08

Sacarías Príncipe Hidalgo con Inversiones Postín SA

(...)

II. PARTE CONSIDERATIVA.-

(...) *SEXTO: Del despido arbitrario (...) 6.3 Del despido de hecho: Se encuentra contemplado en el artículo 45 del Decreto Supremo 001-96-TR, el que se encuentra estrechamente vinculado al despido incausado o despido Ad Nutum, es decir, aquel despido que no se ajusta al principio de causalidad, basado en la voluntad discrecional del empleador y que lesiona el derecho del trabajador, pues el desconocer la motivación del mismo se priva a éste de ejercer el derecho a su defensa, en tal sentido, el marco normativo lo protege mediante la indemnización por despido a que alude el artículo 34 del Decreto Supremo 003-07-TR. 6.4 Que, el actor señala haber sido objeto de un despido de hecho, y ofrece como prueba del mismo la constatación policial de fecha 05 de enero de 2007, advirtiéndose que dicha diligencia se llevó a cabo con el contador de la emplazada quien confirma lo manifestado por el actor; (...) 6.5 (...) es que el empleador ha procedido a efectuar un despido arbitrario en contra del actor, por lo que debe proceder a indemnizar a éste con una suma equivalente a una remuneración y media por año laborado (...)*”.

III.- PARTE RESOLUTIVA.-

Por lo fundamentos expuestos, administrando justicia a nombre de la Nación, FALLO: Declarando FUNDADA la demanda (...) y dispongo que la demandada abone al demandante, (...) la suma total de Veintiún mil noventa y nueve y 01/100 nuevos soles, por los conceptos de: indemnización por despido arbitrario S/. 12 104.60 (...). Jueza Mirian C. Vargas Chávez.

2.4.1 Sentencia confirmatoria, Expediente No. 6135-2008-IDA(S)

Lima, 30.12.08

(...)

“CONFIRMARON: la sentencia de fecha 02 de junio del dos mil ocho, (...) y Ordenaron que Inversiones Postín SA, pague a don Sacarías Raymundo Príncipe Hidalgo la suma de S/ 21,099.01 por los conceptos amparados en la recurrida más los intereses legales, costa y costos, y los devolvieron al Vigésimo Sexto Juzgado de Trabajo de Lima”.

S.S. Morales González, Ladrón de Guevara Sueldo, Urbano Mendoza.

2.5 Expediente No. 4371-3006-IDA(S), Tercera Sala Laboral.

Lima, 21.11.2006

Manuel Alfonso Grados Gamarra con Grupo Sindicato Pesquero del Perú SA.

(...)

Cuarto: Que, de conformidad con el artículo 27 inciso 3) de la Ley Procesal de Trabajo corresponde al empleador probar la causa del despido la que no ha ocurrido en el caso de autos, por el contrario de lo indicado en los considerandos segundo y tercero se puede concluir que el trabajador fue cesado el 02 de octubre de 1999 sin que exista causa por lo que resulta arbitrario; Quinto: que, siendo arbitrario el despido del actor, le corresponde percibir la indemnización prevista en el artículo 38 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo No. 003-97-TR; por lo que debe desestimarse este primer agravio; (...) CONFIRMARON la sentencia de fojas 203 a 207 su fecha 04 de mayo del 2006 que declara fundada la demanda y ordena que el SINDICATO PESQUERO DEL PERU SA, pague a don Manuel Alfonso Grados Gamarra la suma de S/. 18 593.01 con lo demás que contiene; interviniendo como Vocal ponente el Señor Arévalo Vela; y los devolvieron al Segundo Juzgado Laboral de Lima”.-

2.6 Expediente No. 4374-2007-BE (S), Tercera Sala Laboral,

Corte Superior de Justicia de Lima.

Lima, 02 de mayo del 2008.-

(...)

CONSIDERANDO: (...) SEXTO: que, las labores desempeñadas desde el 04 de diciembre de 1998 hasta el 03 de octubre del 2003 por el demandante no han tenido naturaleza de temporales, sino por el contrario han sido de carácter permanente y propias del giro de la empresa por lo que de conformidad con el artículo 77 incisos a) y d) del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR en realidad existido un contrato y siendo esto así, el demandante no podía ser despedido sin que se presentara una causa justa prevista en el artículo 22 de la norma antes citada; SÉTIMO: que, en consecuencia al haber cesado el acto sin que exista una causa justa le corresponde el pago de la indemnización prevista en el artículo 38 de la norma citada en el considerando anterior, por lo que debe desestimarse este agravio; por estas consideraciones CONFIRMARON la sentencia de fojas 354 a 362 su fecha 14 de mayo del 2007 que declara fundada, propiamente fundada en la parte, la demanda y ordena que Cooperativa de Ahorro y Crédito de Suboficiales de la Policía Nacional del Perú "Santa Rosa de Lima" Limitada pague a don Christian Alfredo Gallo Morales la suma de S/. 32, 984 (...)"

2.7 Expediente No. 2199-2007-BE (S), Tercera Sala Laboral

CSJ Lima

Lima, 24 de marzo del 2008

(...)

CONSIDERANDO: PRIMERO: que, mediante escrito que corre de fojas 828 a 837 la demandante Liliana Clorinda Chávez Valverde interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha 31 de enero de 2007, que corre a fojas 778 a 795 que declara infundada su demanda de nulidad de despido, expresando los agravios

siguientes: a) que, se ha vulnerado el principio de congruencia; b) que, se ha efectuado un despido con vicio de voluntad por haber ejecutado el despido por quien no tenía tal facultad; c) que, su despido es fraudulento porque se le ha imputado hechos notoriamente falsos; SEGUNDO: que, la nulidad de despido sólo puede declararse por la causales previstas en el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR, así como, el caso del despido por ser el trabajador portador discapacitado previsto en la Ley 27050; ...QUINTO: que, el Tribunal Constitucional al resolver con fecha 28 de noviembre del 2005 el Exp. No. 0206-2005-PA/TC, HUAURA, caso de César Antonio Baylón Flores delimito la competencia de la justicia constitucional y de la justicia ordinaria para conocer las diversas formas de despido entre las que se encuentra el despido nulo y el despido fraudulento; SEXTO: que, según la sentencia mencionada en el considerando anterior, la figura del despido fraudulento se incluye dentro de las modalidades de despido arbitrario y resulta ser de competencia en sede laboral de los jueces de trabajo que a su vez deben aplicar la legislación laboral común para resolver; SEPTIMO: que, de acuerdo a lo expresado anteriormente resultaba procedente que el a quo al emitir el auto admisorio, en uso de la facultad prevista en el artículo 17 de la Ley Procesal del Trabajo, Ley No. 26636, otorgará un plazo a la actora para que adecuara su petitorio teniendo en cuenta lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el caso Baylón Flores; OCTAVO: que, la causa se ha tramitado en forma equivocada incurriendo en causal de nulidad la misma que debe declararse conforme lo permite el artículo 171 del Código Procesal Civil, por estas consideraciones DECLARARON NULO E INSUBSISTENTE todo lo actuado desde fojas 542, incluyendo la sentencia de fojas 778 a 795, y SE DISPONGA que el a quo renueve los actos procesales anulados y cumplido el trámite de ley se emita sentencia; en los seguidos por Liliana Clorinda Chávez Valverde con Fondos de Empleados del Banco de la Nación, ...y los devolvieron al Vigésimo Primer Juzgado Laboral.

El Voto en Discordia de la Señora Vocal Vásquez Hilares es como sigue:

(...) CONSIDERANDO: (...) 2) Que, el juzgado si tiene competencia para conocer la pretensión reclamada, dado que el despido fraudulento ha sido definido por el Tribunal Constitucional (...) 3) Que, señala que el juzgado frente al tema tenía dos obligaciones ineludibles: a) aplicar la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional razón por la que no puede eludir que el

despido ad nutum y por tanto el despido fraudulento vulneran el derecho fundamental al trabajo y a no ser despedido arbitrariamente y por consiguiente puede establecer como consecuencia del referido despido que el trabajador deba limitarse únicamente al cobro de una indemnización, lo cual vacía de contenido la protección establecida por el artículo 27 de la Constitución Política del Estado; o, b) Aplicar el control difuso determinando la constitucionalidad o no del segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Supremo No. 003-97-TR... MI VOTO es porque se REVOQUE la sentencia (...) del treinta y uno de enero del dos mil siete, que declaro infundada la demanda incoada; la misma que reformándose debe declararse FUNDADA, en consecuencia, se ORDENE, que la demandada en el término de ley cumpla con REPONER a la demandante en su puesto habitual con el pago de las remuneraciones devengadas (...)”.

Sección 3. Análisis de la protección en la justicia constitucional y laboral

- Se ha verificado, que el trabajador es el actor principal y quien decide los efectos de la protección que necesita frente al despido sin causa (Gráfico No. 1).
- La muestra representativa que constituye las 12 sentencias (05 de para la Justicia Constitucional y 07 para la Justicia Laboral), del universo de las sentencias firmes en materia de despido arbitrario, comprobamos la veracidad de los términos del planteamiento del problema y la hipótesis formulada en la presente investigación, pues, la justicia constitucional, es mas protectora al ordenar la reposición del trabajador, con relación a la justicia especializada laboral que ordena sólo el pago de la indemnización. La tutela procesal otorgada difiere una de otra, cuya opción le corresponde al trabajador despedido, por tanto la protección depende del tipo de proceso que inicie el trabajador (Cuadro No. 1 y No. 02), lo que nos permite afirmar que hay una relación de los efectos de la protección con el tipo de proceso que ejercita el trabajador despedido.

- Teniendo en cuenta el tipo de proceso, que inicia el trabajador despedido, por el número de expedientes son más significativos en la carga procesal que afronta el TC (6,865 procesos de amparo), con relación a los que tramitan los Juzgados Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima (4667 procesos sobre indemnización por despido arbitrario), lo que nos permite comprobar la importancia de la materia estudiada en función al número de casos que se procesan en la justicia constitucional y laboral cuando el trabajador es despedido sin motivo (Cuadro No. 3).

CUADRO No. 1

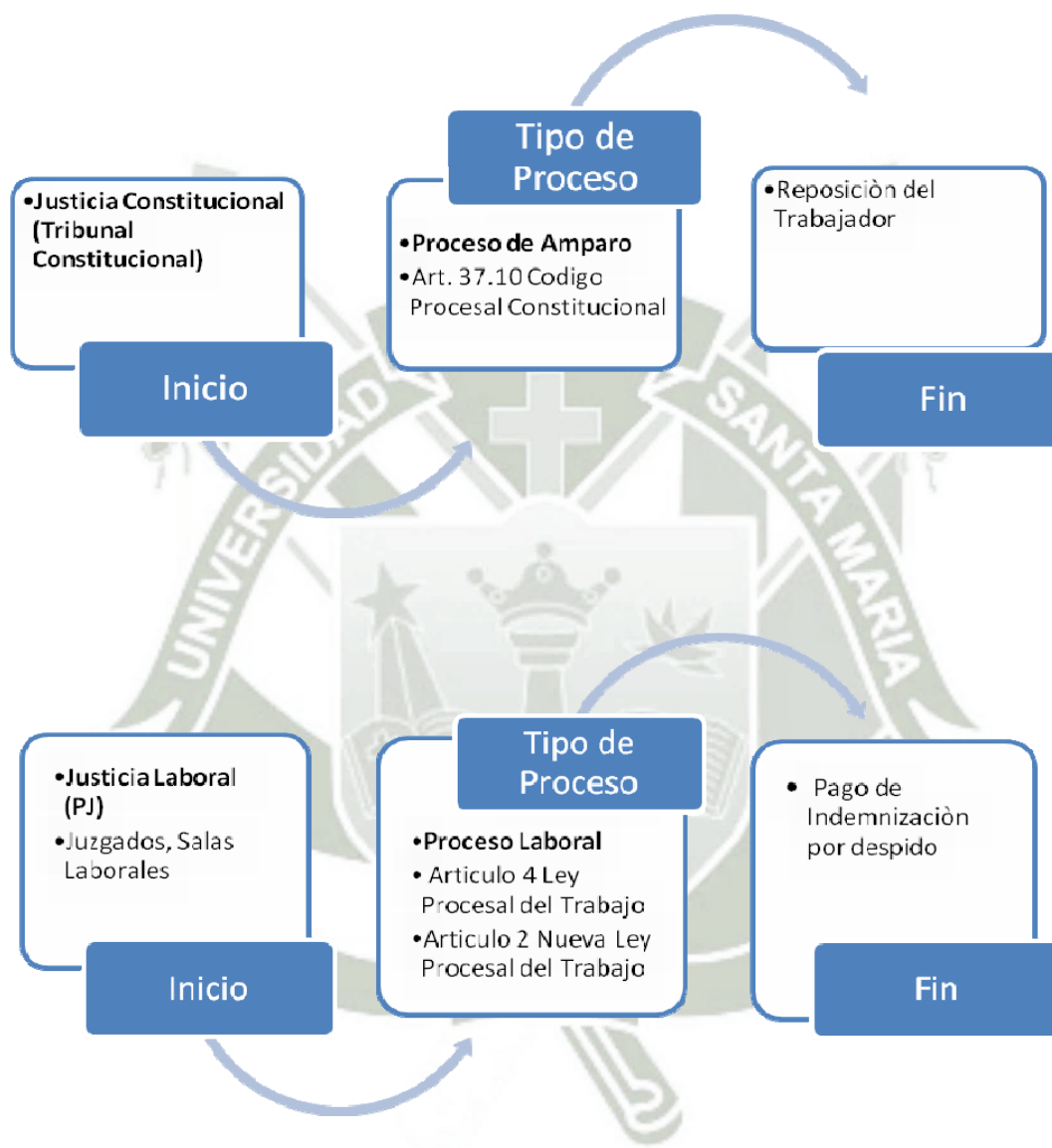
**LA PROTECCION DEL DESPIDO ARBITRARIO POR ORGANOS Y
NUMERO DE SENTENCIAS ANALIZADAS**

PROTECCION POR ORGANOS	REPOSICION	INDEMNIZACION	NUMERO DE SENTENCIAS	%
Tribunal Constitucional	Si	No	05	41.7
Juzgados-Salas Laborales	No	Si	07	58.3

Fuente: Elaboración propia. 2013

CUADRO No. 2

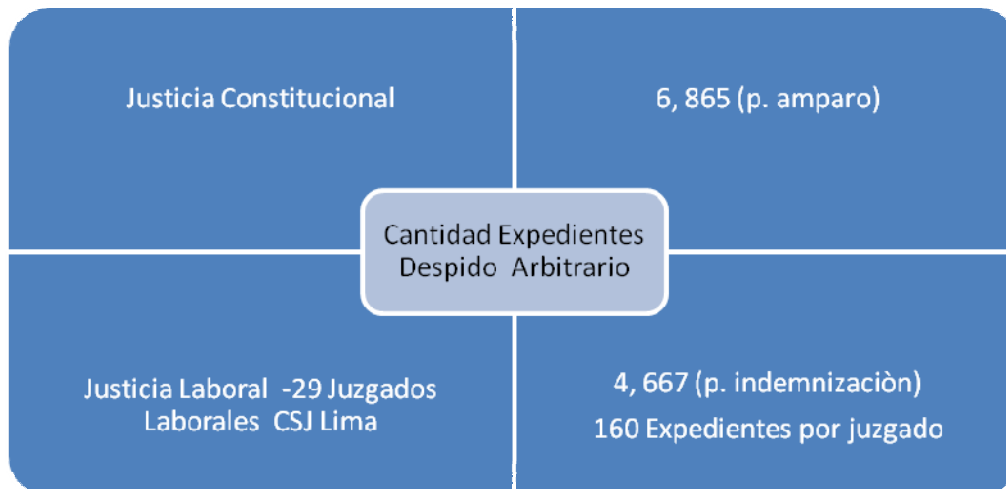
TIPO DE PROCESO PARA LA PROTECCION DEL TRABAJADOR DESPEDIDO ARBITRARIAMENTE



Fuente: Elaboración propia. 2013

CUADRO No. 3

**CARGA PROCESAL, PROTECCION DEL DESPIDO POR LA
JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LABORAL (2006)**



Fuente: TC, Oficina de Planeamiento y Presupuesto (19.06.2009).CSJ Lima, Inventario Judicial en los Juzgados Laborales (Dic. 2006).

- Después de analizar los datos recogidos, principalmente de la información contenida en las sentencias de la justicia laboral, que uniformemente ordenan el pago de la indemnización, pudimos reparar que en un solo caso de la muestra –de 07 sentencias-, se había producido un voto de discordia de la Juez que estimaba que debería ampararse la demanda (ordenarse la reposición), realizando el control difuso del artículo 34 de TUO de la LCPL, por tanto es inconstitucional el fundamento jurídico que utilizó el empleador para despedir al trabajador.

Este hecho nos motivó a preparar y aplicar un cuestionario (Anexo E1) para los Jueces laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima -teniendo en cuenta que en esta instancia se puede conocer rápidamente el resultado del proceso iniciado- a fin de conocer la razón principal para ordenar el pago de la indemnización que señala la ley, y denegar la reposición del trabajador omitiendo realizar el control difuso de la norma.

De los 29 cuestionarios aplicados, solo obtuvimos respuesta de siete jueces, cuyos resultados presentamos a continuación.

Sección 4. El control difuso del Artículo 34 de la LCPL y el Juez Laboral

El control difuso, permite aplicar el test de constitucionalidad²⁴² a cualquier norma de nuestro ordenamiento. Esta facultad puede ser ejercitada por cualquier juez en un proceso judicial; por tanto, no es una facultad exclusiva o reservada del Juez o Tribunal Constitucional.

Desde sus orígenes, año 1803, en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, con el Juez John Marshall, el célebre caso *Madison vs. Malbury*; el juez puede privar de eficacia legal a la norma legal que viola o desconoce el contenido de la Constitución. Precisamente, si el Tribunal Constitucional, ha desarrollado en el caso *Telefónica*, los fundamentos de la inconstitucionalidad del artículo 34° del DS No. 003-97-TR, al realizar el control difuso de la norma. Consideramos, que se afecta el principio de predictibilidad, y jerarquía de las normas si el Juez Laboral, que también es un Juez Constitucional, no ha ejercitado dicha facultad al conocer las peticiones de reposición como consecuencia del despido incausado en la vía laboral, omitiendo la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional (Artículo VI del Código Procesal Constitucional).

Para verificar en la realidad la casuística judicial y la aplicación del control difuso, se entregó a los jueces laborales un cuestionario

²⁴² *Código Procesal Constitucional, Artículo VI.- “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. (...) Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.*

estructurado en función a la protección del despido arbitrario, y los resultados obtenidos los presentamos en los siguientes gráficos.

CUADRO No. 4

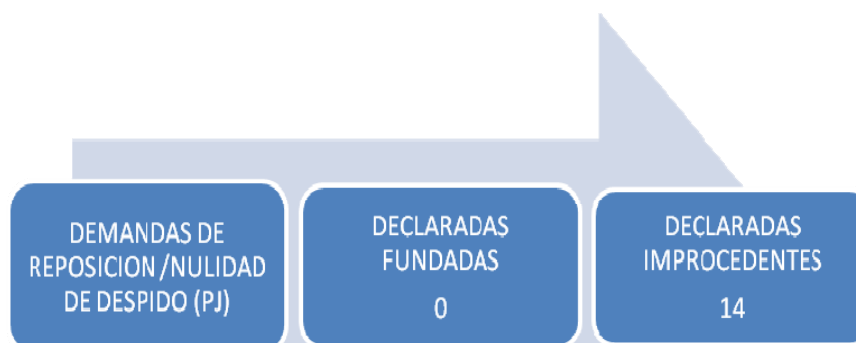
**CUESTIONARIO APLICADO, RESPUESTA DE JUECES LABORALES
DE LA CORTE SUPERIOR JUSTICIA DE LIMA**

Cuestionario Aplicado	Número de Jueces	%
Responde	07	24.1
No Responde	22	75.9
Total	29	100

Fuente: Elaboración propia, 2013.

CUADRO No. 5

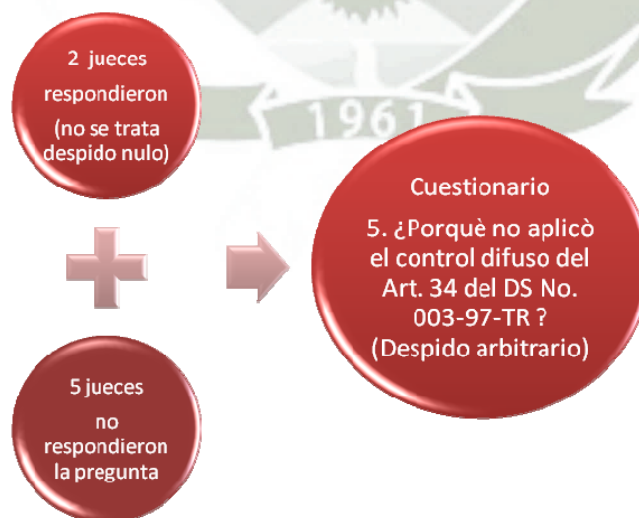
DEMANDAS DE REPOSICION DECLARADAS FUNDADAS/
IMPROCEDENTES



Fuente: Elaboración propia, 2013.

CUADRO No. 6

APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO AL DESPIDO ARBITRARIO
JUECES ENCUESTADOS



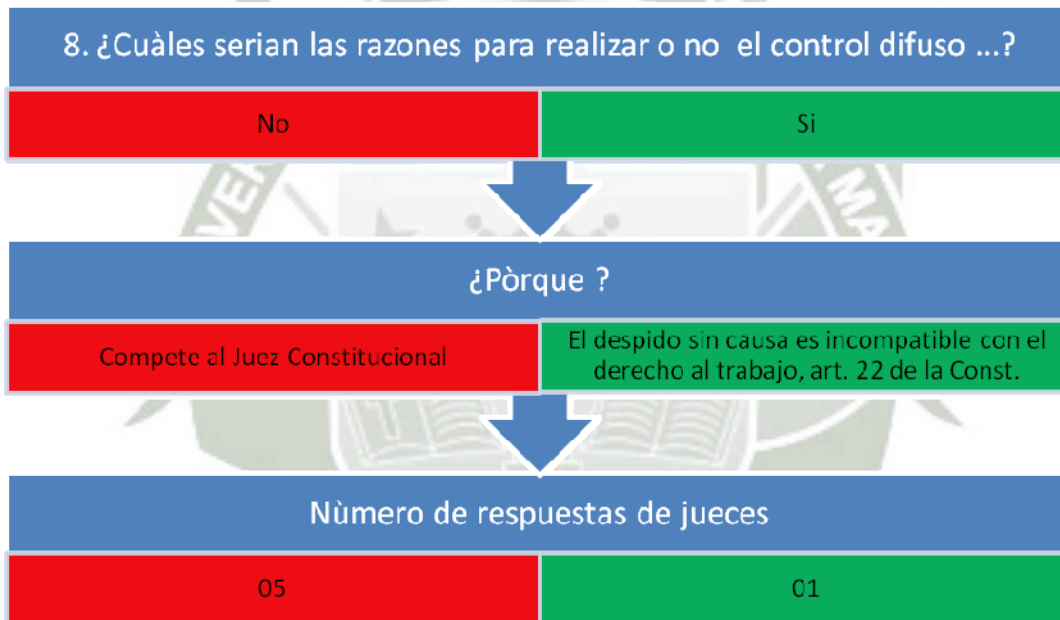
Fuente: Elaboración propia, 2013.

- De los siete jueces que contestaron la encuesta realizada, cinco de ellos se abstuvieron de dar respuesta a la pregunta y solo dos jueces respondieron que al no tratarse de un despido nulo era imposible realizar el control difuso. En nuestro criterio, se evidencia desconocimiento de la norma.

CUADRO No. 7

APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO ART. 34 DEL DS 003-97-TR

RESPUESTA DE LOS JUECES LABORALES



Fuente: Elaboración propia. 2013.

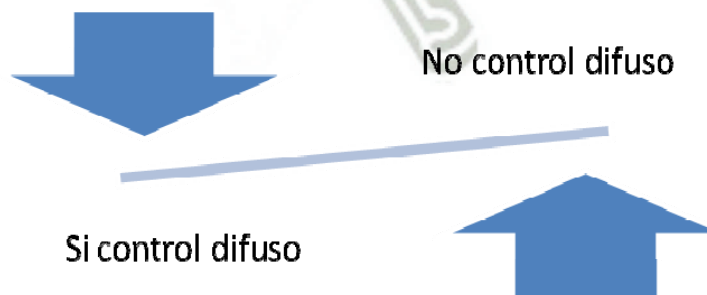
Análisis de las respuestas de los jueces al cuestionario aplicado

- Los resultados obtenidos de la aplicación del cuestionario a los 29 jueces laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima, con sede en el Edificio Javier Alzamora Valdez (Cuadro No. 4), demuestra:

- Que el 71.42% los jueces laborales, que respondieron el cuestionario, prefieren cumplir la ley y la jurisprudencia –inclusive de la Corte Suprema de Justicia- declarando improcedentes las demandas (Cuadro No. 05) de los trabajadores que pretenden la reposición por la vía del proceso laboral, en relación a un 14.28% que representa el juez que prefiere aplicar el test de constitucionalidad al artículo 34° de la LCPL para revisar el despido incausado producido. En el caso, si declarará fundada la demanda, e inexorablemente ordenará la reposición del trabajador por ser incompatible el despido con el derecho constitucional al trabajo (Cuadro No.7).
- La mayoría de jueces que han respondido el cuestionario, justifican que no aplican el control difuso en caso del despido sin causa, porque consideran que es competencia del juez constitucional, y el control difuso para ellos solo es posible realizar en un proceso constitucional (amparo), (Cuadros Nos.6 y 7).
- El cuestionario aplicado, devela las razones que dan los jueces para no ejercitar el control difuso. A la pregunta: Jurídicamente, cuáles serían las razones para realizar o no realizar el control difuso del artículo 34 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, en caso que se alegue el despido sin expresión de causa?

RESPUESTAS

- 1 • "(...) No habría afectación ni desprotección del despido sin causa porque, perfectamente se puede recurrir al Tribunal Constitucional, que además representa la vía más rápida".
- 2 • "No realizar. El mérito de los fundamentos de la Sentencia aclaratoria de la Sentencia del Tribunal Constitucional del caso Telefónica que restringió los motivos a considerar para inaplicar el segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Supremo No. 003-97-TR"
- 3 • "Corresponde recurrir al TC conforme lo ha declarado la jurisprudencia de tal órgano".
- 4 • "No es un tema central. El tema es si el juez laboral es o no competente para conocer un despido incausado. El TC si sería dado que la vía es la acción de amparo".
- 5 • "Porque es potestad del juez, tiene la vía del juez constitucional".





"...El Despido sin expresión de causa no es compatible con el derecho al trabajo que consagra el artículo 22 de la Constitución ... es la proscripción del despido sin causa. Porque el TC en el caso Telefónica inaplica el artículo 34 del DS No. 003-97-TR por infringir el derecho constitucional ..."

ANÁLISIS DE LAS RESPUESTAS

- Las respuestas obtenidas del cuestionario confirman nuestra hipótesis: la justicia laboral es menos protectora del trabajador en relación a la que otorga la justicia constitucional cuando ordena la reposición del trabajador despedido.
- Frente a los resultados obtenidos, consideramos necesario precisar, como reflexión final, respecto a la justicia ordinaria laboral, porque el Juez Laboral ha omitido otorgar tutela al revisar la demanda que contiene un despido incausado de un trabajador, y protegerlo con los mismos argumentos establecidos por el Tribunal Constitucional en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC, aplicando el control difuso de la norma (artículo 34° del DS. 003-97-TR, por ser incompatible con el artículo 22 de la Constitución de 1993). Esta denegatoria de tutela se corrobora con los expedientes revisados y analizados.
- Recomendamos, teniendo presente la atribución que confiere el TUO de la LOPJ al Poder Judicial, el desarrollo de un Pleno Jurisdiccional de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de

Justicia²⁴³, para revisar y unificar criterios que permita al trabajador despedido sin motivación el ejercicio de la opción de la revisión y reposición en la vía laboral.

DISCUSION DE LAS VARIABLES DESPIDO ARBITRARIO, PROTECCION EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LABORAL

Finalmente, precisamos que las dos variables contenidas en el Plan de Investigación: ***despido arbitrario, y su protección en la justicia constitucional y laboral***, nos han permitido desarrollar la presente investigación sin mayor problema, y alcanzar metodológicamente la comprobación de la hipótesis planteada como respuesta al problema descrito. Las dos variables han sido desarrolladas teniendo en cuenta los indicadores que establecimos en el Plan de Investigación. La variable despido arbitrario nos ha permitido conocer que en el Perú a partir de la vigencia del Decreto Legislativo No. 728, y luego con la Constitución Política de 1993, los empleadores han utilizado el despido incausado para dar por terminada la relación laboral. Frente a este hecho, el trabajador, al solicitar tutela poniendo a prueba el sistema procesal, mediante la acción de amparo ha tenido éxito logrando que se le reponga en sus labores, a diferencia del trabajador que recurrió a la justicia especializada laboral, que solo logro el pago de la indemnización tarifada que señala la ley. Por consiguiente las variables empleadas nos ha permitido confirmar que en el Perú, la justicia Constitucional en mérito al análisis de las sentencias examinadas es más protectora, frente a las sentencias examinadas de la justicia laboral.

²⁴³Artículo 112, concordante con el Artículo 22 del TUO de la LOPJ, DS 017-93-JUS.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El entorno económico, político y social que se configura en el Perú a partir del año 1990, determinó la modificación de las normas que regulan la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, particularmente las referidas a la protección del trabajador despedido. En el ámbito externo, principalmente las exigencias del Consenso de Washington, impusieron la desregulación del mercado laboral, lo que ocasionó la desprotección de los trabajadores. Y siguiendo esta pauta, el gobierno del señor Alberto Fujimori contribuyó a la materialización de esa desregulación relajando las normas de estabilidad en el trabajo con la aprobación del Decreto Legislativo No. 728 y la Constitución Política de 1993.

El marco teórico desarrollado en el primer capítulo ha permitido destacar que la flexibilidad, la globalización y los costos laborales (indicadores de la variable despido arbitrario), tienen significado económico y ejercen notable influencia en la legislación laboral de nuestro país. Ello corrobora lo afirmado por Karl Marx en 1857, respecto a que las ideologías son expresión de los intereses económicos. Así, es evidente que el liberalismo económico exige normas jurídicas que permitan la libertad de despido del trabajador y/o que la terminación de la relación del trabajo por iniciativa del empleador se realice sin más obstáculo que simplemente pagar una indemnización. El trabajo se constituye en una mercancía.

SEGUNDA. En el Perú, la desregulación de la protección del trabajador despedido tiene motivación estrictamente económica y se sustenta fundamentalmente en el costo laboral que representa para el empleador tener un trabajador estable frente al escenario del mercado nacional e internacional cambiante. Esta afirmación se corrobora con la investigación del Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), que llega a la conclusión de que los empresarios exigen al Estado mayor flexibilidad de la legislación laboral porque consideran que la rigidez les origina sobrecostos y desmotiva la creación de

nuevos empleos. Además, consideran que la indemnización por despido incausado origina costos laborales que es necesario disminuir o desaparecer.

TERCERA. En el capítulo segundo, hemos constatado que la regulación de la protección del trabajador despedido ha sido pendular, históricamente, de un estado de desprotección se ha pasado a uno de protección, para luego terminar en su posición inicial de desprotección. El análisis de la legislación sobre el despido nos lleva a constatar que el despido incausado (arbitrario) tiene su origen y consolidación en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la vigencia del Código de Comercio (1902), y el Código Civil (1936); bastaba el preaviso para dar por terminada la relación laboral, sin necesidad de que exista causa justa. Estas normas no otorgaban ninguna protección al trabajador y sólo obligaban al empleador a pagar la indemnización en caso de omitir el preaviso.

CUARTA. La primera norma protectora del trabajador frente al despido incausado lo constituye el Decreto Ley No. 18471 (1970), que estableció fundamentalmente la necesidad de la existencia de una causa justa señalada en la ley para despedir al trabajador. Luego vino la Constitución de 1979 (artículo 48 sobre estabilidad laboral). El Perú se sumó a los Estados que incorporaban a su legislación el principio de justificar el despido del trabajador, que tuvo su origen y primer desarrollo en la Constitución de Querétaro de 1917, y posteriormente en la Recomendación 119 de la OIT (1963), hasta el año 1981 en que la OIT sanciona el Convenio 158 y establece como norma mínima internacional que el despido del trabajador debe obedecer a una causa justa.

QUINTA. El despido sin causa del trabajador, es una de las posibilidades abiertas por la legislación peruana para la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador (flexibilidad de salida). Teniendo en consideración el contenido del Decreto Legislativo No. 728 (1991) y la Constitución Política de

1993, los empleadores han preferido ejercitar su poder frente al trabajador dando por terminada la relación laboral y pagando la indemnización en función a los años trabajados, fundamentalmente para evitar los resultados de un proceso a futuro.

SÉXTA. La regulación sobre despido incausado, artículo 34º del D.S. No. 003-97-TR, viola y desconoce la norma mínima sobre protección de la relación de trabajo (Convenio núm. 158 OIT) —principio de justificación del despido—. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en el caso Telefónica (2002) declaró inconstitucional esta norma para el caso concreto, restableciendo de esta manera la vigencia del principio de causalidad del despido (fruto de la interpretación del contenido esencial del artículo 22º de la Constitución de 1993) y declarando nulo el despido incausado ordenó la reposición de los trabajadores en un proceso de amparo. Este proceso constituye el precedente para que el TC establezca la procedencia de la reposición del trabajador despedido sin justificación cuando éste solicita tutela vía proceso de amparo. El fallo ha sido duramente criticado por los empleadores y sus abogados, interpretando incorrectamente que se ha restablecido la estabilidad laboral en el país.

SÉPTIMA. En el capítulo primero, sobre la protección del trabajo, hemos comprobado que existe relación de causalidad entre el despido sin causa y la protección del trabajador. La causalidad se explica por la influencia de los intereses económicos (flexibilidad, globalización, sobrecostos) al momento de regular el despido. La prevalencia del interés económico ha provocado la desestabilización del empleo y el aumento de la probabilidad de que un mayor número de trabajadores pierda su empleo arbitrariamente (despido incausado).

Consecuentemente, podemos concluir: **“que a mayor protección del trabajador, menores despidos; y a menor protección, mayores despidos de trabajadores”**. La protección del trabajador depende exclusivamente de la

voluntad del legislador. Analizados los proyectos de ley presentados por Congresistas de la República (desde el 2001 al 2011), se aprecia que no se ha logrado modificar o derogar la regulación actual del despido incausado contenido en el Artículo 34° del D.S. No. 003-97-TR.

OCTAVA. En el capítulo segundo, sobre el contenido esencial de la protección contra el despido arbitrario, hemos verificado que el derecho del trabajo por esencia es protector del trabajador. Su nacimiento se justifica en la relación de poder entre desiguales, en la que hay una parte fuerte (empleador) y otra débil (trabajador). Esa relación empuja a recurrir al principio de igualdad para corregir aquella diferencia e imponer de esta manera el equilibrio e igualdad en la relación laboral, preservando así la dignidad del trabajador. El liberalismo económico determina la protección o desprotección de los trabajadores, porque para esta ideología el trabajo es una mercancía. La negación de que el trabajo es una mercancía es el fundamento de los principios de la Constitución de la OIT (1919) para proteger al trabajador. Consecuentemente, la garantía de la justificación de la causa para terminar la relación laboral es un derecho fundamental del trabajador, a fin de proteger y garantizar su dignidad.

NOVENA. En el capítulo tercero, sobre la protección del despido en la justicia constitucional y laboral, hemos comprobado que la justicia ordinaria (Juzgados y Salas laborales) ha acompañado el proceso de flexibilidad de la protección del trabajador con sus sentencias, al declarar como única protección al trabajador el pago de la indemnización señalada en la ley. Los jueces especializados han denegado la tutela o la posibilidad de revisión judicial del despido incausado precisando que la ley procesal no les permite revisar el despido incausado en sede judicial (criterio legalista). Sin embargo, para la justicia constitucional, se tutela fundamentalmente el derecho al trabajo ordenando la reposición del trabajador a través del proceso de amparo, utilizando como criterio el principio de causalidad del despido.

DÉCIMA. El trabajo de campo desarrollado para verificar la relación entre el despido arbitrario y la protección que otorga la justicia constitucional y la justicia laboral ordinaria en el período 1993 - 2010, con la muestra representativa de 12 expedientes que se han tramitado en el TC y los 29 juzgados de trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima, nos permite afirmar que, en relación con la justicia laboral, la justicia constitucional es más protectora de los derechos laborales del trabajador al ordenar la reposición, pues aquella ha ordenado únicamente el pago de la indemnización.

Del estudio comparativo de las sentencias del Tribunal Constitucional (05 de la justicia constitucional) con relación a las sentencias de Juzgados, Salas Laborales y Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (07 de la justicia laboral), como muestra representativa del universo de fallos de estos órganos jurisdiccionales, se ha constatado la diferencia que existe en la protección que se otorga al trabajador despedido sin causa (el mismo hecho). En el caso de la justicia constitucional, a partir del año 2002, si el trabajador ha sido objeto de despido incausado tiene la posibilidad de ser repuesto en el trabajo ejercitando la acción de amparo, alegando violación del derecho constitucional del trabajo; salvo, de que el trabajador opte libremente por la indemnización. Sin embargo, para la justicia laboral (especializada del Poder Judicial), en todas las instancias la protección adecuada frente al despido incausado consiste en ordenar el pago de la indemnización tarifada por ley. Aunque es importante hacer mención aquí que se ha verificado en la Corte Superior de Justicia de Lima el caso de un voto en Discordia, en el que la posición de la magistrada de trabajo considera la posibilidad de anular el despido sin causa, vía control difuso del artículo 34^o del D.S. No. 003-97-TR, en un proceso laboral. Este antecedente nos llevó a revisar expedientes en dicha Corte y libros de publicación de jurisprudencia, siendo el resultado, a la fecha de elaboración del informe, que no se ha podido encontrar otra resolución en el mismo sentido.

DÉCIMO PRIMERA. Se ha verificado, con el cuestionario aplicado a los 29 jueces laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima, que solo uno (01), de los 07 que respondieron, es de la opinión de tramitar y disponer la reposición en la vía del proceso laboral ejercitando la facultad constitucional del control difuso. Este resultado confirma la dualidad de protección frente a un mismo hecho, y la pérdida de una brillante oportunidad para otorgar adecuada protección al trabajador despedido, tal como lo ha hecho en su momento el Tribunal Constitucional. Consideramos que este último aspecto podría ser materia de una investigación futura, pues el Juez ordinario es un Juez constitucional, justamente, porque tiene que impartir justicia a partir de la Constitución.

DÉCIMO SEGUNDA. Como fundamento principal para la adecuada protección frente al despido arbitrario, el Tribunal Constitucional del Perú —observando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (STC 22/1981, de 2 de julio)—, en el caso Telefónica del Perú, ha establecido que el contenido esencial del derecho al trabajo (Artículo 22º de la Constitución) **consiste en el derecho al acceso a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa.** Entonces, la adecuada protección frente al despido arbitrario no puede interpretarse como un encargo abierto que habilite al legislador a una regulación que llegue al extremo de vaciar de contenido esencial el derecho al trabajo. Si esto último ocurre, el acto será nulo, y su consecuencia será la restitución (reposición del trabajador). La indemnización sólo es una forma de restitución complementaria o sustitutoria si el trabajador libremente ejercita esta opción que le habilita la ley.

El fallo del TC en el caso Telefónica constituye el punto de quiebre (cambio de criterio respecto a casos anteriores en los que sólo se disponía el pago de la indemnización) en cuanto a la protección del despido incausado en el Perú.

DÉCIMO TERCERA. La hipótesis planteada se ha verificado en su totalidad en la presente investigación, respondiendo de esta manera al problema planteado. Los datos obtenidos y su análisis nos han permitido corroborar la relación de causalidad que existe entre el despido incausado y la protección laboral que otorga al trabajador tanto la justicia constitucional como la justicia laboral ordinaria.

El desarrollo de la investigación, los datos recogidos y el análisis del contenido de las sentencias y el cuestionario aplicado a los jueces laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima, develan que, en el período comprendido entre los años 1993 y 2010, el trabajador no está debidamente protegido frente al despido incausado cuando se ordena el pago de la indemnización como consecuencia de la reforma de la legislación laboral iniciada con el Decreto Legislativo No. 728, seguida, luego, con la Constitución Política de 1993.

En el año 2002, con la sentencia del caso Telefónica, el Tribunal Constitucional explicita y desarrolla el contenido esencial del derecho del trabajo, dando vigencia al principio de justificación del despido, cuya consecuencia ha sido que el trabajador obtenga una mayor protección al ordenarse su reposición luego de constatado su despido sin justificación alguna.

De esta forma, los objetivos del trabajo de investigación han sido alcanzados y la hipótesis formulada ha quedado comprobada.

RECOMENDACIONES

PRIMERA. Teniendo en cuenta los resultados de esta investigación, sería importante que la Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Pleno Jurisdiccional de las Salas de Derecho Constitucional y Social, revise el criterio existente de denegar la reposición del trabajador despedido sin causa en la vía laboral, teniendo en cuenta que este es manifiestamente inconstitucional, fundamentalmente a partir del precedente establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Telefónica (Expediente No. 1124-2001-AA/TC).

SEGUNDA. Los jueces laborales del país deben ser capacitados en materia constitucional, sobre todo, en cuanto a ejercer la facultad control difuso se refiere, teniendo en cuenta la importancia de este mecanismo de control de constitucionalidad de las normas habilitado por la Carta Fundamental del Estado. Esto permitirá garantizar de manera más eficiente la dignidad de la persona, primer derecho fundamental en el Estado de derecho.

TERCERA. La Ley General de Trabajo que está elaborando una comisión de expertos designado por el Poder Ejecutivo, debe considerar poner en discusión la regulación de una “protección adecuada del trabajador frente al despido arbitrario” (artículo 27º), teniendo en cuenta la interpretación y desarrollo del contenido esencial del artículo 22º de la Constitución Política del Perú de 1993 que ha realizado el Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

1. AELE, Extinción de la relación laboral, Segunda Edición, Lima, 2002
2. Albizu Eneka, Flexibilidad laboral y gestión de los recursos humanos, Ariel Sociedad Económica, 1ra. Edición, Barcelona, 1997.
3. Alcalá-Zamora y Castillo, Luis, Cabanellas de Torres, Guillermo, Tratado de Política Laboral y Social, Segunda Edición, Tomo II, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1976.
4. Alonso García, Manuel, Curso de Derecho del Trabajo, Editorial Ariel, Séptima Edición, Madrid, 1981.
5. AMAG y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional, Lima, 2004.
6. Angulo A, Jorge M, La Constitución: Normas Laborales, Normas de Seguridad Social, Editora La Elite, Trujillo, 1982.
7. Angulo A, Jorge M, La Jurisprudencia del Derecho Laboral en el Perú, Repertorio Sistematizado, Comentarios y Concordancias 1950-1983, Ediciones Librería Studium, Trujillo, 1984.
8. Aparicio Tovar, Joaquín, Baylos Grau, Antonio, El Régimen del Despido tras la Reforma Laboral, Sociedad Editorial de Formación Jurídica y Económica, Madrid, 1995.
9. Aphan Wong, Hugo, Ley del Empleado Particular, Segunda Edición, Editora Osbac SCRL, Lima 1986.
10. Arce Ortiz, Elmer, La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales, 2da Edición, Ara Editores, Lima, 2006.
11. Autores varios, La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional, Estudios en Homenaje a Héctor Fix.Zamudio, Tomo III, Jurisdicción y Control Constitucional, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México DF, 2008.
12. Bidart Campos, Germán J, El Amparo Constitucional, Perspectivas y Modalidades, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.

13. Blancas Bustamante, Carlos, El Derecho de Estabilidad en el Trabajo, Asociación Laboral para el Desarrollo ADC-ATC, Lima, 1991.
14. Blancas Bustamante, Carlos, El Despido en el Derecho Laboral Peruano, ARA Editores, Lima, 2006.
15. Blancas Bustamante, Carlos, La Cláusula de Estado Social en la Constitución, Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011.
16. Camerlynck, GH Lyon-Caen, G, Derecho del Trabajo, Biblioteca Jurídica Aguilar, 5ta Edición, Madrid, 1972.
17. Campana, David, Frelle, Herbert, La Reforma normativa de la contratación laboral, durante los noventa: ¿Flexibilidad o precarización?, Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina de Área y Equipo técnico multidisciplinario para los Países Andinos, Lima, 2000
18. Carpio Marcos, Edgar, La Interpretación de los derechos fundamentales, Serie Derechos y Garantías, Palestra Editores, Lima, 2004.
19. Carpizo, Enrique, Derechos Fundamentales Interpretación Constitucional, La Corte y los Derechos, Editorial Porrúa, México DF, 2009.
20. Carrillo Calle, Martín, Constitución, Trabajo y Seguridad Social, ADEC-ATC, Lima, 2003.
21. Castillo Córdova, Luis, Los Derechos Constitucionales, Elementos para una Teoría General, Segunda Edición, Palestra Editores, Lima, 2005.
22. Castillo León, Víctor, El Despido Fraudulento que requiere prueba ante la vía ordinaria laboral, Vox Iudex, Revista de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, Año I, Trujillo, Febrero, 2008.
23. Chacaltana, Juan, “Los costos laborales en el Perú, documento elaborado bajo el auspicio de la Organización Internacional del Trabajo, la versión final ha sido publicada en: Tokman, Víctor; Martínez, Daniel, Inseguridad Laboral y competitividad: modalidades de contratación, OIT, Lima, 1999.
24. De la Cueva, Mario, Derecho Mexicano del Trabajo, Editorial Porrúa SA, Sexta Edición, México, 1961.

25. De la Cueva, Mario, La Idea del Estado, Quinta Edición, Fondo de Cultura Económica, UNAM, México DF, 1996.
26. De los Heros Pérez Albela, Alfonso y Morales Corrales, Pedro, Manual Laboral, Tomo 2, Editorial Economía y Finanzas SCRL, Lima, 1981.
27. Ermida Uriarte, Oscar, Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI, Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal, Pontificia Universidad Católica, Asociación de Jueces por la Justicia y la Democracia, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima.
28. Ferreiros, Estela, Derecho Laboral en la Integración Regional, Lima, 2005.
29. Ferrero, Rómulo A. y Altmeyer Arthur J, Efectos económicos de los beneficios sociales, en Estudio Económico de la Legislación Social Peruana y Sugerencias para su Mejoramiento, Santiago Valverde, Lima, 1957.
30. Hesse, Conrado, Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 1996.
31. Izquierdo y de la Cueva, Ana Luisa, El Humanismo Jurídico de Mario de la Cueva, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1994.
32. Jaramillo Baanante, Miguel, Informe de Consultoría, La Regulación del Mercado Laboral en Perú, Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), Proyecto CRECER -USAID, Lima, Abril 2004.
33. Jevons, William S., El Estado y los trabajadores, Politopías 7 Colección dirigida por José María Ordoñez, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2006.
34. Juan Pablo II, Carta Encíclica Laborem Exercens, Sobre Trabajo Humano, Paulinas, Lima, 2002.
35. Jurisprudencia Laboral, Resoluciones: Tribunal de Trabajo y Comunidades Laborales, Editorial Normas Legales SA, Trujillo, 1988.
36. Jurisprudencia Laboral, Tomo 2, Editorial Normas Legales SA, Trujillo, 2003.
37. Krotoschin, Ernesto, Tendencias Actuales en el Derecho del Trabajo, EJEA, Buenos Aires, 1959.

38. Lechini, Gladys y otros, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLASCO), Buenos Aires, 2008.
39. Lerda, Juan Carlos, Globalización y pérdida de autonomía de las autoridades fiscales, bancarias y monetarias, en Economía Latinoamericana La globalización de los desajustes, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS-Ecuador), Editorial Nueva Sociedad, Venezuela, 1996.
40. Marcenaro Frers, Ricardo, El Trabajo en la Nueva Constitución, Cultural Cuzco, Lima, 1995.
41. Martínez Girón, Jesús, El Despido en el Derecho de los Estados Unidos, Editorial Civitas SA, Madrid, 1988.
42. Martínez Pujalte, Antonio Luis, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Tabla XIII Editores, Lima, 2005.
43. Marx, Karl, Introducción General a la Crítica de la Economía Política, Siglo Veintiuno Editores, Decimoctava Edición, México DF, 2006.
44. Ministerio de Trabajo y Promoción Social, Hacia una interpretación del problema del empleo en el Perú, en Boletín de Economía Laboral, No. 8, MTPS, Lima, abril 1998.
45. Morales Corrales, Pedro G., Problemática actual del contrato individual del trabajo: la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente, en Nuevas Orientaciones del Derecho del Trabajo, Difusión Legislativa, Tomo II, Primera Edición, Congreso de la República, Comisión de Trabajo y Seguridad Social, Lima, 2001.
46. Neves Mujica, Javier, Derecho Laboral Materiales de Enseñanza, PUCP, 1988.
47. Neves Mujica, Javier, Trabajo y Constitución, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1989.
48. Neves Mujica, Javier, Introducción al Derecho del Trabajo, ARA Editores, Lima, 1997.
49. Obando Blanco, Víctor, El Derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva en la Jurisprudencia, Segunda Edición, Palestra Editores, Lima, 2002.

50. Oficina Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, La Reforma Laboral en América Latina, Un análisis comparado, María Luz Vega Ruiz Editora, Lima, 2001.
51. OIT, Estudio General elaborado con motivo de la 303 reunión del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra, 2008.
52. OIT, Flexibilización en el margen: La reforma del contrato de trabajo, Editores V. E. Tokman, D. Martínez, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 1999.
53. OIT, Memoria del Director General, Cambios en el Mundo del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 95 reunión, Ginebra, 2006.
54. Palomeque López, M. Carlos, Derecho del Trabajo e Ideología, Séptima Edición Revisada, Editorial Tecnos, Madrid, 2011.
55. Pistone, Mateo Juan, Derecho a la estabilidad de los trabajadores dependientes, EDIAR SA Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1965.
56. Plá Rodríguez, Américo, Los Principios del Derecho del Trabajo, 2da. Edición, Depalma, Buenos Aires,
57. Quiroga Lavié, Humberto, Las Constituciones Latinoamericanas, Universidad Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
58. Ramírez, Bosco, Manual del Despido,
59. Reynoso Castillo, Carlos, El Despido Individual en América Latina, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1990.
60. Rodríguez Piñero, M, Justicia Constitucional y Relación Laboral, Temas Laborales, 1990.
61. Rodríguez-Piñero, Miguel y Bravo-Ferrer, Derecho Trabajo y Despido, Editorial Aranzadi, Navarra, 1997.
62. Rubio Correa, Marcia, Bernales Ballesteros, Enrique, Constitución y Sociedad Política, Mesa Redonda Editores, Lima, 1985.
63. Saavedra Chanduvi, Jaime y otros, Documento de Trabajo 28, Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de despido

- sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano”, Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE), Lima, 2000.
64. Samuelson, Paul A, Curso de Economía Moderna, Décimo Séptima Edición, Aguilar, Madrid, 1978.
 65. Sanguineti Raymond, Los Contratos de trabajo sujetos a modalidad en la Ley de fomento del empleo, En: Asesoría Laboral No. 26, 28, 34, Lima, 1993.
 66. Sanguinteti Raymond, Wilfredo, Los Contratos Sujetos a modalidad en la Ley de Fomento del Empleo, Asesoría Laboral, Lima, 1993.
 67. Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana, Con Ideología y Política, de José Carlos Mariátegui, Tomo 1, Segunda Edición, Librería Editorial Minerva, Lima, 2008.
 68. Smith, Adams, Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, Edición de Edwin Cannan, Fondo de Cultura Económica, México, Decimoquinta reimpresión, 2006.
 69. Sociedad Peruana del Derecho de Trabajo y Seguridad Social, La Protección de los Derechos Laborales en la Constitución Política de 1993, Impreso Gráfica, Lima, 2006.
 70. Stewar Jr., Donald, ¿Qué es el liberalismo?, Instituto de Economía de Libre Mercado, Editorial e Imprenta Vargas, Lima, 1994.
 71. Suárez Galdós, Emilio, La Flexibilidad y los principios generales del derecho del trabajo, en La Flexibilidad y el Derecho Laboral, Nezer Impresores, Arequipa, 1994.
 72. Toledo Oms, Albert, El Despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal, Aranzadi Editorial, Navarra, 2009.
 73. Torres y Torres Lara, Carlos, Retos & Desafíos de una Economía Emergente: El caso Peruano, Ministerio de Justicia, Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos, Lima, 1997.
 74. Tribunal Constitucional del Perú, Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral, Palestra Editores, Lima, 2006.
 75. Unzaga Domínguez, Guillermo, La Protección contra el Despido Arbitrario, La Ley, Buenos Aires, 2004.

76. Wagner D. Giglio, La extinción de la relación laboral, Aeale Editorial, Lima, 1987.
77. Wise, Carol, Reinventando el Estado: Estrategia económica y cambio institucional en el Perú, Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima, 2003.
78. Zavaleta Rodríguez, Roger E, Los costos laborales en Perú, en Nuevas Orientaciones del Derecho de Trabajo, Comisión de Trabajo y Seguridad Social, Legislatura 2000-2001. Congreso de la República, Primera Edición, Tomo II.



HEMEROGRAFIA

1. Aparicio Valdez, Luis, Nueva Legislación del Trabajo en el Perú, en Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Derecho Empresarial, Reforma Laboral de la Empresa, No. 41.
2. Castillo Fernández, Dídimo, Los nuevos trabajadores precarios, Universidad Autónoma del Estado de México, Miguel Ángel Porrúa, Librero Editor, México DF, 2009.
3. CONFIEP, INSTITUTO APOYO, CIPE, agenda pendiente de reformas en el Perú.
4. Derecho y Sociedad, Revista de los Estudiantes de la Facultad de Derecho de la PUCP, Año XXI, Nro. 37. Diciembre 2011.
5. Dialogo con la Jurisprudencia, Revista Gaceta Jurídica, Lima, Octubre 2002.
6. Diario El Comercio, Lima, 2007.
7. Diario Gestión, Lima, 2005, 2006.
8. La Ley, Revista Mensual de Jurisprudencia, doctrina y legislación, Buenos Aires, 2007.
9. Pasco Cosmópolis, Mario, El Trabajo en la Constitución, Revista Ius et veritas, Lima.
10. Price WaterhouseCoopers, Año 3/Número 16, Marzo 2003, Boletín Sobre la Reforma Constitucional Aspectos Laborales.
11. Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Reforma Laboral de la Empresa, No. 41, Lima.
12. Stiglitz, Joseph E., Revista Caretas, No. 2180, Lima, Mayo 2011.

INFORMATOGRAFIA

1. Instituto Apoyo, Semana Económica, El Comercio, CIPE, Agenda Pendiente de reformas, p. 7, www.confiep.org
2. Instituto de Defensa Legal, Fuentes de Trabajo y Calidad de Empleo, p. 6-7, www.idl.org.pe/idlrev/revistas/110/pag47.htm
3. Poder Judicial del Perú, www.pj.gob.pe
4. Tribunal Constitucional del Perú, www.tc.gob.pe
5. Organización Internacional del Trabajo, www.ilo.org



PROPUESTA

Consideramos que el problema descrito en la presente investigación puede resolverse derogando el artículo 34 del Decreto Supremo No. 007-97-TR, TUO del Decreto Legislativo No 728. En efecto la causa de la desprotección del trabajador se origina en este artículo por establecer que el empleador puede despedir al trabajador sin expresión de causa. Despedir sin causa, es inconstitucional e ilegal. Consecuentemente, debe removerse del ordenamiento legal dicho artículo.

PROYECTO DE LEY

LEY No.

LEY QUE DEROGA EL ARTICULO 34 DEL DECRETO SUPREMO No. 03-97-TR

TUO DEL D. LEG. 728

ARTICULO PRIMERO.- Derógase el segundo párrafo del artículo 34 y artículo 38 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, consecuentemente a partir de la vigencia de la presente ley, el trabajador solo podrá ser despedido por causa justificada.

ARTICULO SEGUNDO.- Derogase toda norma que se oponga al texto de la presente ley.

DADO EN...

Lima,

ANEXOS

Anexo 1. PROYECTO DE INVESTIGACION

PREAMBULO

El proyecto lo he titulado “El despido arbitrario y su protección en la justicia constitucional y laboral del Perú 1993-2010”, se desarrollará observando la metodología establecida por la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María, esto es: el planteamiento teórico y el planteamiento operacional. En cada uno se desarrolla paso a paso todos y cada uno de los puntos que toda investigación seria y científica exige, con el objeto de alcanzar cada uno de los objetivos trazados, y lograr con ello probar la hipótesis planteada.

El problema de la investigación es actual, y deseamos conocer cómo opera la protección del trabajador despedido sin justificación en la justicia peruana: en la justicia constitucional y laboral, para ello formulamos el presente proyecto de investigación.

I. PLANTEAMIENTO TEORICO

1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

“El despido arbitrario y su protección en la justicia constitucional y laboral del Perú 1993-2010”.

1.1.2 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.1.2.1 Campo, Área, Línea de Acción

El problema planteado pertenece:

Campo: de las Ciencias Jurídicas.

Área : Derecho del Trabajo.

Línea : Terminación de la relación de trabajo, régimen laboral privado.

Tipo de investigación: Básica, de campo.

Nivel de investigación: descriptivo.

Tipo de problema: documental.

1.1.2.2 Descripción

Con este proyecto se pretende analizar el despido arbitrario y su protección en la justicia constitucional y laboral en el Perú. El despido arbitrario se define en la norma jurídica y doctrina como el despido del trabajador sin causa legal (incausado), o también, como la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador sin causa (según el Convenio 158 y Recomendación 163 de la OIT). Esta delimitación es necesaria e importante por razones metodológicas, porque permite precisar el campo de la presente investigación; toda vez, que el despido del trabajador también puede ser analizado como causal de terminación individual o colectiva de la relación del trabajo, y como despido nulo.

Para ello es necesario describir y explicar, partiendo de la norma constitucional y las sentencias que contienen la interpretación que realizan los tribunales, el significado de la adecuada protección contra el despido arbitrario y cómo opera la protección en la justicia peruana: a la luz de las sentencias de la justicia constitucional y la justicia laboral. Analizaremos los efectos de estas sentencias

en los justiciables, para despejar la duda si ante un mismo hecho (despido sin causa) existen pronunciamientos distintos respecto a la protección del trabajador, esto es cuando el Juez ordena la reposición del trabajador y en otros casos solo es posible el pago de la indemnización que señala la ley.

Averiguar si existe relación entre la protección que otorga la ley y el uso del procedimiento que utiliza el trabajador frente al despido sin causa, teniendo en cuenta los fallos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Consecuentemente, se analizará las sentencias que han sido expedidas a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1993 hasta el 2010; precisamos que inicialmente el proyecto de investigación contemplo el año 2006. Inevitablemente, se analizara si estos pronunciamientos son compatibles con el ordenamiento constitucional, legal, los Convenios y Recomendaciones de la OIT, los principios y doctrina laboral.

1.1.2.3 ANALISIS DE VARIABLES

A.- PRIMERA VARIABLE

“El despido arbitrario”.

A.1.- INDICADORES Y SUBINDICADORES

A.1.- Marco Económico, Político y Social.

A.1.1.- Política laboral del Estado.

A.1.2.- Situación de empleadores y trabajadores.

A.1.3.- Flexibilidad y globalización.

A.1.4.- Costos laborales.

A.2.- Marco Jurídico.

A.2.1.- Constitución Política de 1993 versus Constitución Política de 1979.

A.2.2.-Decreto Supremo No. 003-97-TR, TUO de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, Decreto Legislativo No. 728.

A.2.3.- Convenio 158 y Recomendación 163 de la OIT.

A.2.4.- Principios y la doctrina laboral.

B.- SEGUNDA VARIABLE

“Protección en la justicia constitucional y laboral del Perú 1993-2010”.

B.1.- INDICADORES

B.1.- La protección según el Tribunal Constitucional.

B.2.- La protección según la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República.

B.3.- La protección según los Juzgados y Salas Laborales.

1.1.2.4 INTERROGANTES BASICAS

Para los objetivos, variables e indicadores enunciados, formulamos a continuación las siguientes interrogantes:

- ¿Cómo se define el despido arbitrario?
- ¿Cómo ha influido el entorno económico, político y social en la regulación del despido arbitrario?
- ¿Cuál es el alcance de la protección del despido arbitrario en la Constitución Política de 1993?
- ¿Cómo tutela el Tribunal Constitucional al trabajador despedido arbitrariamente?
- ¿Cómo tutelan la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República, los juzgados y Salas Laborales al trabajador despedido arbitrariamente?

1.1.3 JUSTIFICACION

El artículo 27 de la Constitución Política de 1993, reza que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Con la vigencia de la Constitución de 1993, es necesario conocer las razones que motivaron la modificación de la protección del trabajador despedido arbitrariamente, además de verificar como se tutela o protege al trabajador despedido arbitrariamente en la justicia constitucional y laboral del Perú en el período de 1993 al 2010, lo que valida a realizar la investigación propuesta.

El problema es de actualidad, teniendo en cuenta que los resultados de la protección puede diferir para el trabajador que ha sido despedido arbitrariamente. El Tribunal Constitucional ha fijado posición ordenando la reposición del trabajador en los casos de que no existe una causa para despedir. Contrario sensu, la Justicia laboral, no es del mismo criterio, pues ha decidido uniformemente que sólo es posible indemnizar al trabajador. Problemática que debe ser estudiado y resuelto.

Socialmente, tiene relevancia la presente investigación, por los resultados que podemos alcanzar a fin de que el Estado proteja adecuadamente al trabajador a fin de garantizar la paz social y la vigencia del modelo político.

Científicamente, los resultados de la investigación aportaran al conocimiento del derecho del trabajo, disciplina que tiene como objetivo fundamental regular la protección del trabajador.

La razón personal que nos motiva a investigar el presente problema, es de aportar una solución a la desprotección que sufren los trabajadores que han sido despedidos sin que exista una causa que justifique la terminación de la relación laboral.

La oportunidad de no estar resuelto a la fecha el problema descrito, hace factible su desarrollo teniendo en cuenta el tiempo que ha transcurrido desde la vigencia de la norma constitucional por la cual se otorga protección al trabajador despedido arbitrariamente.

La originalidad de la presente investigación, está en pie, por no existir trabajo que se haya tratado el tema en nuestro medio y que aporte una solución frente al despido que no se sustenta en una causa justificada.

1.2. MARCO CONCEPTUAL Y BASE TEORICA

1.2.1 EL DESPIDO ARBITRARIO

Conforme a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Decreto Supremo No. 003-97-TR, el despido arbitrario o incausado “(...) se produce al cesar a un trabajador por acto unilateral del empleador sin expresión de causa o porque no se pudo demostrar esta en juicio. En estos casos el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido, lo que no impide que pueda simultáneamente demandar el pago de cualquier otro derecho o beneficio social aún no hecho efectivo” (artículo 34)²⁴⁴.

A diferencia de la regulación contenida en el Código Civil, y las consecuencias que genera el contrato para las partes contratantes²⁴⁵, la

²⁴⁴ AELE, Extinción de la Relación Laboral, Condiciones y Procedimiento para el Despido, Lima, 2002, p. 62.

²⁴⁵ Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Artículo 1428.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. ...”. Artículo 1769.- El locador puede poner fin a la prestación

contradicción la encontramos en el derecho laboral, con el despido, ya que “(...) la voluntad unilateral extingue el contrato. La contradicción se salva exigiendo una causa para el despido, una circunstancia obstativa a la continuación del contrato que dé fundamento jurídico a la voluntad resolutoria del empresario y que no consista en su mera discreción; de nuevo “la resolución del contrato no puede pender del arbitrio de una sola de las partes. El despido tiene que ser, por tanto, una institución causal”²⁴⁶.

En la doctrina el despido arbitrario, también tiene otras denominaciones como despido liberador, ad nutum, porque no “hay necesidad de que exista un motivo específico para que sea ejecutada, se trata de una posibilidad para deshacerse de un trabajador...”²⁴⁷ a cambio de pagar la indemnización que señala la ley.

1.2.2 LA PROTECCION AL TRABAJADOR

La mayoría de los sistemas jurídicos han reconocido el derecho de los trabajadores a ser protegidos contra la terminación injustificada de la relación de trabajo; sin embargo, son relativamente pocos los que conciben a esta protección como un sistema de estabilidad en donde la única sanción posible es la nulidad del despido injustificado y el consiguiente reintegro del trabajador²⁴⁸.

de servicios por justo motivo, antes del vencimiento del plazo estipulado, siempre que no cause perjuicio al comitente.

²⁴⁶ Alonso Olea, Manuel, Casas Baamonde, María E., *Derecho del Trabajo*, Decimonovena Ed. Revisada, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p. 420.

²⁴⁷ Reynoso Castillo, Carlos, *El Despido Individual en América Latina*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1990.

²⁴⁸ Bronstein, Arturo S., *La Protección contra el Despido Arbitrario en Derecho Comparado del Trabajo*. En *Derecho del Trabajo: Normas y Realidad*. Universidad Nación Andrés Bello, Chile 1993, pág. 117.

El ordenamiento jurídico tiene que enfrentarse con la posibilidad de que el empresario despida; reacciona entonces el ordenamiento jurídico, en demostración de la eficacia que le caracteriza como tal, teniendo el despido por ilegítimo o antijurídico y extrayendo la consecuencia alternativa propia de la antijuricidad, esto es: bien privando el acto de su consecuencia normal, decretando la ineficacia o nulidad de despido, con la consiguiente readmisión del trabajador despedido; bien adicionando al acto consecuencias anormales no queridas por su autor, esto es, sanciones, configuradas como indemnización compensatorias o punitivas a favor de trabajador²⁴⁹.

El Convenio 158 de la OIT, no ratificado por Perú, señala que el despido debe sustentarse en causal, y en caso de ser injustificado el despido y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dada las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada y otra reparación que se considere apropiada. Estas normas son derecho mínimo y que pueden ser superadas por el Estado miembro al legislar sobre la materia, o las partes pueden hacerlo a través de los convenios colectivos.

1.2.3 LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Esta variable, comprende citar y analizar los pronunciamientos (fallos o sentencias) del Tribunal Constitucional emitidos en las acciones de amparo que han interpuesto trabajadores despedidos arbitrariamente. El punto de partida y quiebre del criterio del Tribunal Constitucional se encuentra con las resoluciones emitidas en el Caso Telefónica del Perú SA., que es un

²⁴⁹ *Alonso Olea, Manuel, Casas Baamonde, María E., Derecho del Trabajo, p. 421.*

precedente de observancia obligatoria para la protección del despido arbitrario.

Esta posibilidad se ha establecido vía acción de amparo, y tiene por finalidad tutelar el derecho constitucional afectado, reponiendo las cosas al estado anterior de la violación constitucional. Es un proceso que se caracteriza: “(...) a. El juez constitucional tiene función tutelar de los derechos fundamentales. Así, una vez iniciado el proceso se expresa en lo sumario del mismo, (...) y el control difuso de la Constitución básicamente”²⁵⁰.

La valoración objetiva del Tribunal Constitucional sobre la incompatibilidad de la norma legal con los derechos fundamentales demandados, deriva en que los jueces ordinarios que resuelvan una causa similar deben interpretar de conformidad con esa decisión, por cuanto “los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las dictadas por el tribunal constitucional en todo tipo de proceso”, según dispone

la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²⁵¹. Sin embargo, esta posibilidad no se ha abierto en sede de los juzgados y salas laborales al resolver procesos cuando se ha solicitado la reposición en caso de un despido sin causa.

1.2.4 LA JUSTICIA LABORAL

La variable justicia laboral, comprende el análisis de sentencias de Juzgados y Salas Laborales, así como sentencias de la Sala de Derecho

²⁵⁰ Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático, Segunda Edición, Palestra Editores, Lima, 2203, p. 202.*

²⁵¹ *Ob. Cit., p. 207.*

Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, con motivo de las acciones de impugnación del despido arbitrario ²⁵² .

Las sentencias bajo estudio, difieren sustancialmente de las emitidas por la justicia constitucional, por cuanto, uniformemente se han pronunciado uniformemente sobre el pago de la indemnización que señala la ley en caso de despido arbitrario.

1.3 ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Sobre el problema descrito, existen escasas investigaciones y bibliografía. Sin embargo, por lo novedoso y lo actual del tema a consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional (2002), que dispuso la reposición de trabajadores de Telefónica del Perú y otros pronunciamientos, versus el universo de sentencias de la justicia laboral, que han resuelto conforme al texto del artículo 34 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, DS 003-97-TR, disponiendo el pago de la indemnización tarifada cuando se produjo el despido sin causa del trabajador; en consecuencia, observamos que existen pronunciamientos distintos sobre lo resuelto en la justicia constitucional con la laboral, lo que amerita investigar las causas y si estas se justifican jurídicamente.

Además, hemos verificado que existen tesis doctorales sobre el despido en general, entre las que destacan para nuestra investigación: “El Despido y la Estabilidad en el Trabajo, Experiencia y Posibilidades” de Francisco Javier Romero Montes (1984), “La extinción de la relación laboral” de Mario Pasco Cosmópolis y otros (1987), y “El Despido Individual en América Latina” de Carlos Reynoso Castillo (1990).

²⁵² LOPJ, **Artículo 51**. Los Juzgados de Trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos sobre: a. Impugnación del despido. **Artículo 35**. La Sala de Derecho Constitucional y Social conoce: 4. De los recursos de casación en materia de Derecho Laboral (...) cuando la ley expresamente lo señala.

Por ello, resulta necesario realizar la investigación propuesta, con el objeto de profundizar lo investigado, y constituya un aporte al derecho del trabajo.

1.4 OBJETIVOS

Para el desarrollo de la presente investigación, nos hemos fijados los siguientes objetivos:

Objetivos generales:

1. Analizar los conceptos de despido arbitrario y adecuada protección del trabajador.
2. Describir y analizar los fundamentos de la protección del trabajador despedido sin causa.

Objetivo específico:

3. Examinar y criticar las sentencias del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial que han resuelto conflictos sobre la protección del trabajador despedido sin causa.
4. Conocer y analizar la relación de causalidad para gozar de una mayor o menor protección, cuando se ordena la reposición y/o indemnización del trabajador.

1.5 HIPOTESIS

1.5.1 HIPÓTESIS

Principio: teniendo en cuenta que:

“Una adecuada protección del trabajador frente al despido arbitrario, consiste en el derecho a no ser despedido sin causa justificada”.

Hipótesis: Es probable que:

1. “El entorno económico, político y social a partir del año 1990 determino la modificación de la regulación del despido arbitrario”.
2. “El trabajador despedido arbitrariamente está adecuadamente protegido cuando el juez ordena su reposición, y no lo está cuando se ordena el pago de una indemnización”.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

2.1 TECNICAS E INSTRUMENTOS

A. Para la primera variable: “despido arbitrario”, y sus respectivos indicadores y sub indicadores, se empleo como técnica la observación documental con el procedimiento de revisión de revistas y documentos jurídicos; empleándose como instrumentos fichas documentales y bibliográficas, respectivamente. Luego se realizará el análisis de la información recolectada.

B. Para la segunda variable: “protección en las sentencias de la justicia constitucional y laboral en el Perú 1993-2010”, y sus respectivos indicadores, se empleo como técnica la observación documental, y como instrumentos las fichas bibliográficas; y un cuestionario a ser aplicado a los jueces de trabajo.

2.1.1 CUADRO DE SISTEMATIZACION DE TECNICAS E INSTRUMENTOS

VARIABLE	INDICADORES	TECNICAS	INSTRUMENTOS ITEMS
1.Despido Arbitrario	A.1. Entorno Económico	Observación	Fichas documentales

	Político – Social. A.2.I	Documental Análisis	F1 Fichas bibliográficas F2
	Marco Jurídico		
	<i>B.</i>		
2. Protección en las	Según T. C.	Observación	Fichas documentales F1
Sentencias de la	Según Corte Suprema	Documental	
Justicia Constitucional	Según Juzgados y Salas Laborales	Análisis	Cuestionario E1
y laboral en el Perú 1993-2010			

Fuente Proyecto de Investigación.
Elaboración: propia.

2.2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.2.1 AMBITO GEOGRÁFICO

La investigación se aplicará en órganos especializados de la administración de justicia: a) Tribunal Constitucional; y b) Poder Judicial, concretamente en Juzgados, Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima, y Sala Transitoria de Derecho Social y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República. Para ello, se analiza y critica las sentencias de los órganos señalados, emitidas en procesos de amparo y laborales cuya controversia es el despido sin causa del trabajador.

El Tribunal Constitucional, de competencia nacional, en procesos de amparo constitucional ha establecido reglas y precedentes vinculantes sobre el despido sin causa. Asimismo, la justicia especializada en materia laboral también ha fijado posición respecto a la protección del trabajador despedido, principalmente otorgando la indemnización tarifada.

2.2.2 UBICACIÓN TEMPORAL

De acuerdo a la cronología del tiempo, la presente investigación se desarrolla con el análisis de la problemática laboral del despido incausado, en las sentencias del Tribunal Constitucional y la justicia laboral (Salas, Juzgados Laborales, y Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema), del Perú en el período 1993 al 2010.

2.2.3 UNIDAD DE ESTUDIO

Las unidades de estudio son los documentos (leyes, tratados de derecho del trabajo, jurisprudencias) que contienen información relativa a las variables.

Primera Variable

- a) El despido arbitrario. son los artículos 22 y 27 de la Constitución Política de 1993, el art. 34 del DS 003-97-TR, El Convenio 158 y Recomendación 163 de la OIT, sobre el principio de justificación del despido.

Segunda Variable

- b) La protección en las sentencias de la justicia constitucional y laboral, son las sentencias del TC en los casos Telefónica del Perú, y Baylos que fijan los criterios jurisprudenciales sobre el tratamiento de la reposición del trabajador despido sin causa; y las principales sentencias de la justicia laboral, en especial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República que ha establecido el criterio a seguir por los juzgados y salas laborales de la República (1993-2006). También, se suma la aplicación de un cuestionario a jueces de trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2.2.3.1 POBLACION Y MUESTRA

2.2.3.1.1 POBLACION

En nuestra investigación, la población lo constituyen las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional y la justicia laboral sobre conflictos “despido arbitrario o sin causa”, a partir del año 1993 en que se promulga la Constitución vigente, hasta llegar al año 2010. En este periodo de tiempo podremos verificar si el criterio disponiendo la reposición o la indemnización del trabajador se ha mantenido o ha cambiado, y finalmente nos proponemos conocer la causa que lo origina.

2.2.3.1.2 MUESTRA

La muestra la hemos definido en 12 sentencias que tendremos que analizar para nuestra investigación. En el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional, hemos considerado que la muestra lo constituye 05 sentencias dictadas en procesos de amparo constitucional, estableciéndose en algunas de ellas precedentes vinculantes, a partir del caso de Telefónica del Perú; y 07 sentencias de las justicia laboral en procesos con resolución final de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, Salas y Juzgados Laborales.

2.2.3.1.2.1 INSTRUMENTO DE MEDIDA DE LA VARIABLE (FUE UTILIZADO UN CUESTIONARIO DENOMINADO E-1).

Se ha utilizado un cuestionario aplicado a Jueces especializados en materia laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, para conocer y medir la variable: “protección del trabajador frente al despido sin causa”.

2.3 PROCEDIMIENTO PARA RECOGER DATOS

El procedimiento utilizado para recoger los datos sobre las variables e indicadores ha consistido en la revisión de la bibliografía nacional y extranjera en bibliotecas especializadas en derecho del trabajo de la Universidad Católica de Santa María, Universidad Mayor de San Marcos, Oficina Regional para América Latina y el Caribe de la OIT en la Ciudad de Lima, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Corte Superior de Justicia de Lima, y Suprema Corte de Justicia de México.

La investigación sobre las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Justicia Laboral, ha consistido en primeramente en identificar los casos emblemáticos y más resaltantes en los que ha existido pronunciamiento sobre el despido sin causa, y su protección, sea ordenando la reposición del trabajador o el pago de la indemnización tarifada. Luego, se ha procedido a fichar las sentencias, de los expedientes que los contienen en juzgados, salas laborales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Lima, Huaura y la Corte Suprema de Justicia. Y en el caso de las sentencias del TC, hemos consultado la página web y el CD sobre su jurisprudencia de reciente publicación.

Respecto al cuestionario aplicado a los jueces especializados en materia laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, la muestra lo constituyen los Jueces especializados en materia laboral.

2.4 ESTRATEGICA DE RECOLECCION DE DATOS

La información será recogida en forma personal, por tratarse de una investigación documental; para ello se utilizara fichas documentales y bibliográficas, señaladas respectivamente en el cuadro respectivo.

La consulta de libros especializados en la representación de la OIT en la ciudad de Lima, y bibliotecas especializadas de las Universidades Católica de Santa

María y Universidad Mayor de San Marcos; de la Corte Suprema de Justicia de la República. La revisión de expedientes y copiadore de sentencias del Tribunal Constitucional (caso Telefónica, caso Baylos); Juzgados-Salas Laborales, y Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República en los cuales existe pronunciamiento sobre el despido incausado.

Asimismo, se indagara en internet, para obtener información actualizada sobre artículos, libros e investigaciones recientes sobre la materia de la investigación.

2.5 RECURSOS

Para realizar la presente investigación, fue sólo necesaria la persona del suscrito, como recurso humano fundamental.

Se utilizaron también útiles de escritorio, computadora personal, USB, y fichas. Finalmente, el presupuesto fue de Mil Dólares o su equivalente en moneda nacional, para la adquisición de bibliografía, revistas, fotocopias, uso de internet y otros gastos para la recolección de la información.

2.6. CRONOGRAMA

AÑO	ANO	
DICIEMBRE 2006	ENERO 2007	FEBRERO ...
1. Presentación Plan Tesis		
	2. Aprobación Plan Tesis	
		3. Desarrollo Plan Tesis...

BIBLIOGRAFIA

Está constituida por bibliografía nacional y extranjera sobre el tema a investigar.

HEMEROGRAFIA

Se consultará revistas y periódicos especializados

INFORMATOGRAFIA

Se utilizará el Internet para la búsqueda en información reciente sobre la investigación a realizar.

Anexo 1. Cuestionario E2



ANEXO 02
CUESTIONARIO (E2)

SEÑOR JUEZ ESPECIALIZADO DE TRABAJO:

La presente encuesta tiene por finalidad recoger información que permita desarrollar una investigación académica. La información que nos proporcione será muy valiosa para el desarrollo y fines de la misma, en tanto nos permita establecer el número de procesos iniciados y resueltos sobre nulidad de despido, cuyo sustento sea el despido sin expresión de causa al amparo del artículo 34 del Decreto Supremo 003-97-TR.

Gracias por su tiempo.

3.1 Cuál fue el promedio de demandas ingresadas a su despacho sobre nulidad de despido y reposición, cuyo sustento sea el despido sin expresión de causa, al amparo del artículo 34 del Decreto Supremo 003-97-TR?

2002 _____ 2003 _____ 2004 _____ 2005 _____ 2006 _____
2007 _____ 2008 _____ 2009 _____ 2010 _____

2. Del total de demandas descritas en el numeral anterior, en la calificación de las misma: Cuántas en promedio fueron admitidas provisionalmente, cuántas se admitieron o cuántas se declararon improcedentes?

Provisionalmente Admitida Improcedente

3.2 En el caso de las demandas admitidas precise si en el saneamiento procesal, cuántas en promedio fueron declaradas improcedentes o se concedió plazo al demandante para subsanación, por el hecho de que la pretensión tenga por sustento un despido sin expresión de causa?

Improcedente la demanda:

Plazo para subsanación:

3.3 En los casos en que se dictó sentencia, precise el resultado. Cuántas se declararon fundadas, infundadas e improcedentes?

Fundada:.....Infundada.....Improcedente.....

4. De haber declarado en la sentencia infundada la demanda. Precise, el fundamento principal de la denegatoria, y las razones por las que no se aplicó control difuso del artículo 34 del DS 003-97-TR.

.....

5. De haber declarado en la sentencia improcedente la demanda. Precise el fundamento principal del fallo; y el motivo de que no se realizará en el momento de la calificación de la demanda o en el saneamiento.

.....

6. De haber declarado en la sentencia fundada la demanda. Precise el fundamento principal del fallo y si aplicó control difuso respecto del artículo 34 del Decreto Supremo No. 003-97-TR.

.....

7. Jurídicamente, cuáles serían las razones para realizar o no realizar el control difuso del artículo 34 del Decreto Supremo 003-97-TR, en los casos de nulidad de despido en el que no se alegue como motivo el despido sin expresión de causa?

.....

8. Cuánto tiempo se desempeña como Juez Laboral?

.....

Lima,

Muchas gracias por su cooperación²⁵³.

²⁵³ Se agradece proporcionar copias de resoluciones que se hubieran emitido respecto del tema.