

## **LOS EFECTOS NEGATIVOS DE LA ESTABILIDAD ABSOLUTA COMO REGLA GENERAL DE PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO**

Roberto Juan Servat Pereira de Sousa (\*)

---

**El reciente dictamen de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República sobre el proyecto de Ley General del Trabajo, nos regresa al debate sobre uno de los temas que genera más controversia respecto del contrato de trabajo: la estabilidad laboral.**

**Buscamos en el presente trabajo hacer una revisión rápida sobre la regulación nacional e internacional sobre los sistemas de protección ante la terminación unilateral del contrato de trabajo, con la finalidad de evaluar los efectos prácticos negativos que podría originar si se mantiene la propuesta de estabilidad contenida en el proyecto de Ley General del Trabajo.**

**Reconocemos que es conveniente regular un régimen de estabilidad absoluta frente a la violación de derechos constitucionales fundamentales que consagra cada legislación, pero es necesario reflexionar lo perjudicial que sería para el mercado laboral recoger un sistema de estabilidad absoluta como regla general de protección frente al despido, más aún cuando la indemnización es también un mecanismo que reconoce la legislación internacional para reparar el daño ocasionado.**

**Nuestra reflexión es de aplicación al sistema de protección en el ámbito privado, porque consideramos que los criterios a tomar en cuenta para regular la estabilidad en el empleo en los servidores públicos es distinto.**

---

### **1. INTRODUCCIÓN.-**

En las últimas semanas se ha puesto nuevamente en el tapete de la agenda del Congreso la discusión de reformas laborales al remitirse el dictamen de la Comisión de Trabajo del proyecto de Ley General de Trabajo, en el cual se incluyen temas muy sensibles como el de la estabilidad laboral.

No obstante la importancia de la materia - y a pesar de la mala experiencia de los últimos años de carencia de espacios de diálogo democrático en la sociedad peruana - pareciera que algunos parlamentarios se prestaran a proponer cambios legislativos sin esperar que el Gobierno termine por definir cuál es su propuesta de progresión de los derechos laborales para combatir la informalidad, y si éste es compatible con un régimen de estabilidad laboral absoluta como el propuesto en el referido dictamen. Asimismo, en el debate debe analizarse los alcances de los fallos del Tribunal Constitucional sobre despido y hacer partícipes de la discusión a los sujetos principales de la

relación laboral: trabajadores y empleadores. En estos grupos no podemos dejar de resaltar la importancia de la concurrencia de los trabajadores informales, así como de los micro y pequeños empresarios, que constituyen la mayoría de la población económicamente activa.

Por consiguiente, más que hacer un análisis exhaustivo o jurídico de la estabilidad laboral, queremos graficar con sencillez cuáles pueden ser los efectos nocivos, y de reacción del mercado laboral peruano, si finalmente la Ley General del Trabajo optara, como lo recoge el dictamen de la Comisión de Trabajo, por un **sistema de estabilidad absoluta como regla general de protección** frente a un despido sin causa.

## 2. MARCO CONCEPTUAL.-

La clasificación más completa y aceptada para definir la estabilidad laboral<sup>1</sup>, es la que desarrolla Américo Plá Rodríguez tomada de Horacio de la Fuente<sup>2</sup> al diferenciar entre estabilidad laboral absoluta y relativa. El autor precisa que estamos ante **estabilidad laboral absoluta** cuando la violación del derecho del trabajador permite a éste conservar el empleo a través de su reincorporación y el pago de las remuneraciones devengadas desde el despido hasta la reinstalación real del trabajador. Por el contrario, **la estabilidad laboral relativa** permite al empleador despedir al trabajador sin estar obligado a su reincorporación sino al pago de una indemnización especial<sup>3</sup>.

Recordemos que es la Constitución Mexicana de Querétaro del año 1917 la que consagra por primera a nivel constitucional, en forma expresa, una protección contra la terminación sin causa del contrato de trabajo por decisión del empleador, dejando a elección del trabajador afectado la exigencia a cumplir el contrato u obtener una indemnización.

Igualmente, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo admite que frente a un despido sin causa, la legislación del país debe determinar el tipo de reparación, es decir, si se opta por un sistema de estabilidad laboral absoluta o de estabilidad laboral relativa.

En nuestro país, hemos transitado por disposiciones que van desde los dos extremos de protección. A manera de ejemplo podemos señalar que con la dación del Decreto Ley No. 18471 la estabilidad absoluta se obtenía luego de superado el período de prueba de tres meses. En cambio, con el Decreto Ley No. 22126 se adquiría la protección al cumplirse los tres años de servicios continuos (salvo en el caso de los dirigentes sindicales que lo obtenían sin necesidad de cumplir un tiempo de servicios). Luego, en junio de 1986 con la

---

<sup>1</sup> El concepto de estabilidad es consustancial al elemento continuidad o permanencia de los contratos de trabajo.

<sup>2</sup> PLA RODRIGUEZ, Américo. Principios del Derecho del Trabajo. 2da. Ed. Depalma, B.A. 1978 pp. 175-178.

<sup>3</sup> Hay legislaciones que han optado por prestaciones por desempleo en vez de una indemnización, sea como un fondo de cesantía o como un seguro.

dación de la Ley No.24514, la estabilidad absoluta se alcanzaba si el trabajador laboraba cuatro o más horas para un mismo empleador, siempre que haya vencido el período de prueba de tres meses.

Durante la década del noventa, dentro de lo que se denominó como un proceso de flexibilidad laboral<sup>4</sup>, se expidió el Decreto Legislativo No. 728, Ley de Fomento del Empleo, cuya regla general de protección fue la estabilidad laboral relativa luego de superado el período de prueba<sup>5</sup> (con derecho a una reparación económica tarifada) y en forma excepcional el trabajador tenía derecho a la reposición de estar ante los supuestos de despido nulo<sup>6</sup> (estabilidad absoluta).

En la actualidad, con la dación de diversos fallos del Tribunal Constitucional que recogen la inaplicación parcial del artículo 34 del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No.728 por considerar inconstitucional el despido arbitrario, así como el derecho a la reposición cuando el trabajador sufre un despido fraudulento, despido inmotivado o despido con violación al debido proceso, sumados al despido nulo que originalmente recogía el mencionado Decreto Legislativo, se han ampliado los supuestos de estabilidad laboral absoluta<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Se ha utilizado el término flexibilidad del derecho laboral como sinónimo de adaptación positiva al mercado, sin embargo algunos autores han cuestionado que la flexibilidad implique *per se* algo positivo. Según estudios comparativos de la Organización Internacional del Trabajo, la reforma laboral que se hizo en el Perú en la década del noventa que buscó la flexibilización de la contratación de personal fue la más agresiva de la región. (Organización Internacional del Trabajo, 2000)

La flexibilidad puede ser definida como la eliminación, disminución, aflojamiento o adaptación de la protección laboral clásica con la finalidad – real o presunta – de aumentar la inversión, el empleo o la competitividad de la empresa. Busca ir contra la “rigidez” del desarrollo de las relaciones laborales. Algunos la definen como la lucha del principio protector del Derecho Laboral frente a la libre competencia económica. El Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo ha declarado que la flexibilidad en ningún caso debe afectar unos mínimos básicos que han sido definidos en torno los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como a las normas que protegen la vida y la salud de los trabajadores.

<sup>5</sup> Esta norma recogió mecanismos de “flexibilización” en la contratación de trabajadores, tanto en el ingreso (ampliación de los períodos de prueba) como en los mecanismos de salida (contratos de trabajo sujetos a modalidad o a plazo fijo, ampliación de causales de ceses colectivos y el reconocimiento de la reparación económica como resarcimiento frente a un despido sin causa). Asimismo, se ampliaron los supuestos y números de jóvenes que podían participar a través de convenios de capacitación para el trabajo sin mediar relación laboral (prácticas pre profesionales, formación laboral juvenil y contratos de aprendizaje), y de contratación laboral indirecta o intermediación laboral (cooperativas y empresas de servicios). Este proceso de “flexibilización laboral” buscaba fomentar las inversiones privadas, nacionales y extranjeras, que permitirían un crecimiento en los puestos de trabajo y niveles remunerativos. Hoy en día este Decreto Legislativo ha sufrido varias modificaciones, recogidas en el actual Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

<sup>6</sup> Cuando el despido tenía relación con la actividad sindical o representativa del trabajador, la defensa de los derechos laborales, la discriminación - raza, sexo, religión, opinión o idioma – o el derecho a la maternidad.

<sup>7</sup> Expediente No.114-2001-AA/TC, Lima (11 de julio de 2002) Sindicato Unico de Trabajadores del Perú y la Federación de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A.A.; Resolución aclaratoria de la sentencia de fecha 11 de julio de 2002; Expediente No.976-2001-AA/TC, Huanuco (13 de marzo de 2003), seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A.

Cabe mencionar que si bien el derecho a la estabilidad en el trabajo fue recién recogido en forma expresa a nivel constitucional a partir de la Constitución de 1979<sup>8</sup>, no hubo unanimidad entre los estudiosos del Derecho Laboral en determinar si el texto constitucional había optado por un sistema de estabilidad laboral o dejaba su elección a la norma de desarrollo. En cambio, la redacción del artículo 27 de la actual Constitución al precisar que la “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, deja en libertad a la norma infra constitucional para regular la forma de protección o de estabilidad laboral.

### **3. LA ESTABILIDAD LABORAL ABSOLUTA COMO REGLA GENERAL DE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO.-**

En Derecho no es correcto analizar sus instituciones sin evaluar sus matices o particularidades en cada caso concreto, pretendiendo tener conclusiones definitivas. No obstante ello, **y a pesar que reconocemos que es conveniente regular un régimen de estabilidad absoluta frente a la violación de derechos constitucionales fundamentales que consagra cada legislación<sup>9</sup>**, queremos limitarnos a reflexionar lo perjudicial que sería en nuestro país reconocer un sistema de estabilidad absoluta como regla general de protección frente al despido – a raíz del dictamen del proyecto de la Ley General del Trabajo - como pasamos a desarrollar<sup>10</sup>.

#### **EFFECTOS NEGATIVOS:**

##### **a. Atenta contra la formalización.-**

La gran mayoría de las nuevas empresas – especialmente las micro y pequeñas - tienen grandes dificultades económicas y financieras para ingresar al mercado formal, dentro de lo cual el costo de contratación y reducción de personal, así como el cumplimiento de las obligaciones laborales, pueden ser uno de los frenos para tomar la decisión de formalizarse. Un elevado costo del despido (montos indemnizatorios altos) o la imposibilidad de despedir al personal ineficiente o innecesario para la actividad, podría afectar el propio desarrollo o estabilidad del negocio. Recordemos que el principal problema laboral en nuestro país es la informalidad, que alcanza al 70% de la población económicamente activa, por lo que no podemos fomentar reformas laborales que mantengan o agudicen esta situación<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Artículo 48 de la Constitución de 1979: “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”.

<sup>9</sup> Una legislación que no permita en ningún caso la reposición puede generar un abuso de derecho.

<sup>10</sup> Compartimos la reflexión final formulada por ALFONSO DE LOS HEROS PEREZ ALBELA (La Estabilidad Laboral en el Perú, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Lima, 2004, pág. 35) al manifestar que la Constitución debe recoger una forma flexible de estabilidad que permita a la legislación nacional adoptar las alternativas que la propia legislación internacional nos ofrece.

<sup>11</sup> Se estima que la informalidad varía entre el 40% y 60% del Producto Bruto Interno oficialmente registrado. Un estudio reciente realizado por una entidad bancaria nacional coloca al Perú en el tercer lugar del índice más alto de informalidad de América Latina, solamente detrás de Bolivia y Panamá.

La estabilidad laboral absoluta como regla general de protección encarece y desalienta la formalización de los trabajadores.

b. Preferencia en la utilización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad o a tiempo parcial.-

Aunque la legislación busque que la contratación de personal a tiempo determinado sea la excepción frente a la contratación a tiempo indeterminado, las dificultades para despedir a un trabajador cuando no media causa justa pueden motivar que los empleadores prefieran los contratos sujetos a modalidad o busquen forzar, y quizás abusar, la utilización de dichos contratos<sup>12</sup>. Tengamos presente que al terminar el plazo del contrato de trabajo, su no renovación o prórroga no ocasiona un costo adicional al empleador por terminación de la relación laboral.

Reconocemos que la contratación temporal puede ser un mecanismo idóneo para contratar trabajadores frente a una exigencia temporal o coyuntural de mano de obra, más aún en una economía en crecimiento y en proceso de reinserción en el comercio internacional, pero su uso exagerado o abusivo puede ser nocivo para el desarrollo del trabajador y su integración en la organización empresarial, además del adecuado ejercicio de sus derechos colectivos.

Igualmente, para evitar la “permanencia del trabajador”, las empresas podrían privilegiar la contratación de personal a través de contratos a tiempo parcial toda vez que estos trabajadores al no contar con un promedio de cuatro (4) horas de trabajo diario a la semana, estarían exceptuados de la protección frente al despido o quizás como última opción, busquen fomentar programas formativos con jóvenes que no conlleven la existencia de un contrato de trabajo.

c. Rotación en la contratación.-

Uno de los requisitos legales para acceder a una protección contra el despido es haber superado el período de prueba, sea éste de tres meses, seis meses o un año, dependiendo si estamos ante un trabajador común, calificado o de confianza, o de dirección, respectivamente, conforme lo regula nuestra legislación. Por lo que, podría optarse por resolver los contratos de trabajo a tiempo indeterminado antes del vencimiento del período de prueba, buscando rotar la contratación de mano de obra a través de nuevo personal.

Esta práctica también podría aplicarse a los contratos de trabajo sujetos a modalidad cuando el plazo de contratación legal concluye o la razón de la

---

<sup>12</sup> Según Córdova en “Nuevas Formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas” (General Report, XI Congreso of the SIDTSS, Caracas, Venezuela, 1985, pág. 91) reconoce que las normas de contratación temporal han aparecido con extensión especial allí donde, como en España y América Latina, imperaba con mayor rigor el principio de estabilidad.

contratación ha sido cumplida. Es evidente que quienes más se afectarían en esta “rotación de personal” serían aquellos trabajadores cuyos servicios son de menor calificación y que pueden ser fácilmente reemplazados en el mercado, quienes tendrían que ser lo principales sujetos de protección.

Lo curioso es que independientemente del sistema de protección contra el despido, las estadísticas nos muestran que los trabajadores más calificados – a diferencia de los demás trabajadores - por motivos de competencia, desarrollo u obtención de mejores condiciones laborales, cada vez muestran una preferencia a cambiar de empleo en períodos relativamente cortos, no siendo el régimen de protección un elemento que determine su decisión o futuro laboral, más aún cuando en muchas actividades se privilegia la especialización o profesionalismo frente a la antigüedad, lo cual resta importancia al elemento “permanencia o continuidad” en los contratos de trabajo.

d. Búsqueda de personal a través de los contratos de intermediación laboral,-

La actual legislación de intermediación laboral restringe la contratación de personal para labores principales, salvo que estemos ante supuestos de contratación temporal ocasional o por suplencia. Sin embargo, abre la posibilidad de contratación de personal para los denominados servicios complementarios. Resulta decisión empresarial si estas labores complementarias las cubre con personal que contrate directamente o lo hace a través de empresas especializadas (“*services*” o cooperativas).

Si la preocupación del empresario es evitar las contingencias y riesgos que conlleva contratar a sus propios trabajadores, pues tendrá dificultad para separarlos de no tener una causa justa, podría preferir que la contingencia del cese sea asumido por un tercero. En estos casos, el empresario se vería obligado a intermediar dicha labor no por una ventaja económica o de especialidad en el servicio (lo que sería totalmente justificable y comprensible) sino por evitar la rigidez del cese de un trabajador.

Por otro lado, no es menos cierto que muchos empresarios consideran que frente a una contracción o disminución de los ingresos, el primer grupo afectado sería el personal que no realiza las labores principales del negocio, por lo que resolver un contrato de locación de servicios con la empresa intermediadora – y no despedir a sus trabajadores - facilitaría su recuperación.

e. Utilización de sistemas de tercerización u “outsourcing”.-

La utilización de terceras empresas en ejecutar obras o servicios, resulta una decisión empresarial que está ligada a lograr mayor eficiencia, crecimiento, ahorro de esfuerzos y costos, que permitan mejorar los índices de productividad y competitividad.

En este orden de ideas, la tercerización u “outsourcing”, en cualquiera de sus modalidades, no nace como un mecanismo legal para evitar la contratación de personal en forma directa, pero un sistema de estabilidad absoluta podría ser un elemento adicional para que el empresario evalúe la alternativa de buscar los servicios de otra empresa.

Mientras más empresas participen en el proceso productivo, los costos laborales y las dificultades que tendría la contratante del servicio en casos de reducción de personal serían menores, pues podrían no depender únicamente de éste para mantener a los trabajadores. En otras palabras, teniendo la empresa contratada diversos clientes que requieran sus servicios, podría dirigir o derivar los efectos de una resolución contractual de la tercerización u “outsourcing”, disponiendo que su personal atienda a los demás clientes, pues tiene una mayor diversificación de riesgo, a diferencia de la contratante.

f. Difícil reinserción laboral efectiva del trabajador.-

Independientemente de las causas que pudo tener el empleador para iniciar un procedimiento de despido y separar al trabajador de su organización, aunado a las dificultades que pueda darse para acreditar en un proceso laboral las faltas graves imputadas<sup>13</sup>, no es menos cierto que resulta muchas veces contraproducente aceptar la reposición de un trabajador con quien se ha mantenido una controversia judicial por varios años y cuyo puesto probablemente haya sido ocupado por otro trabajador que también tiene el mismo derecho a la estabilidad en su empleo<sup>14</sup>. La actitud de vencedor que pudiera tener el trabajador repuesto ocasiona en muchos casos que el empleador, al considerarse afectado en su poder directivo y autoridad, busque hostilizarlo o llegar a una negociación para lograr la renuncia del trabajador, que no fue la finalidad de la reincorporación<sup>15</sup>.

Mientras más cercana sea la relación de trabajo entre el repuesto y el empleador que lo despidió, el vínculo laboral se hace menos sostenible. Por ello, Américo Plá Rodríguez al citar a Horacio de la Fuente<sup>16</sup> precisa que la reincorporación sólo procedería en la mediana y gran empresa, pues se elimina el contacto directo empleador-trabajador, y que nunca debería incluir a los

---

<sup>13</sup> Muchas veces inconductas graves del trabajador como es el faltamiento de palabra a su empleador, o el trabajo a desgano, que hacen difícil mantener una relación laboral, resultan sumamente difícil acreditarlas en forma fehaciente en un proceso judicial, quizás limitándose a presentar indicios. No es menos cierto que podría mitigarse los efectos negativos de un régimen de estabilidad absoluta si se “flexibiliza” las causales de despido y su probanza, como lo ha hecho por ejemplo el Tribunal Constitucional cuando ha resuelto que en los despidos en los que no se probó sus causas, pero habían indicios razonables de la falta, no procedería la reposición sino el pago de la indemnización.

<sup>14</sup> La duración de los procesos judiciales juega en contra de la reinserción del trabajador que obtiene su reposición, pues muchas veces los años alejados de la empresa le causa dificultad de adaptación o de estar capacitado para las nuevas exigencias del puesto o peor aún, dejar de lado al trabajador que lo “reemplazó” que podría estar más capacitado para la labor.

<sup>15</sup> Muchos opositores al derecho a la reposición señalan que se estaría atentando contra el derecho del empleador a la libertad de contratación, porque el juez estaría obligándolo a “recontratar” al despedido.

<sup>16</sup> Ob. Cit pág. 182

trabajadores que ocupan puestos de dirección y confianza. En este último caso, existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional que avala esta postura.

g. Resta competitividad y desalienta la inversión.-

Dentro de una economía globalizada, nuestro país está en la búsqueda de obtener y mejorar la inversión nacional y extranjera como mecanismo de generación de nuevos puestos de trabajo, para lo cual se hacen esfuerzos para consolidar tratados y convenios de libre comercio.

Uno de los elementos que evalúa todo inversionista cuando compara con otros mercados – especialmente los de la región – son los costos laborales, dentro de los que se encuentran los del despido y la movilidad laboral. Una rápida revisión de estos costos, nos permite advertir que el retorno a un sistema de estabilidad absoluta como regla general – conjuntamente a la intención del proyecto de la Ley General del Trabajo de aumentar la indemnización por despido – nos colocaría como país, con el mayor nivel de rigidez y costo laboral del continente, lo cual nos resta competitividad<sup>17 18</sup>.

Muchos empresarios, sin faltarles razón, simplifican la discusión de la estabilidad en el empleo cuando afirman que para obtenerla se requiere primero obtener la estabilidad de la empresa, pues sin ella mal se puede proteger el empleo.

#### **4. LA REPARACIÓN A CRITERIO DEL JUZGADOR.-**

Dentro de las novedades que se incorporaron al reciente dictamen del proyecto de Ley General del Trabajo por parte de la Comisión de Trabajo, como un mecanismo de remediar o limitar los efectos negativos de la estabilidad laboral absoluta, ante un caso concreto en la que el empleador no haya podido probar en juicio la causa imputada en el despido, es que el juez decida, a su criterio, si corresponde al trabajador el derecho a la indemnización o la reposición.

Aunque podría parecer que esta propuesta legislativa busca reducir los perjuicios que pudiera ocasionar un sistema de protección laboral rígido, en nuestra opinión, **evidencia una falta de definición por parte del legislador del tipo de estabilidad que debe imperar en nuestras relaciones laborales**, dejando a un tercero la definición de cuando opera la reposición o la reparación económica en los despidos con causa pero no probados en juicio.

Esta indefinición genera un elemento adicional que atenta contra la seguridad jurídica, tanto para el empleador como para el trabajador despedido, lo cual de

---

<sup>17</sup> Según RICARDO MARCENARO FRERS (El Trabajo en la nueva Constitución, Cultural Cusco, 1995, pág. 170) al hacer un estudio de los textos constitucionales latinoamericanos señala que únicamente la Constitución de México y Honduras reconocían la estabilidad laboral absoluta, y Portugal en Europa.

<sup>18</sup> En un estudio realizado por el Banco Mundial de 175 países, el Perú se ubicó en el puesto 172 de mayor dificultad y costo del despido.



por sí no es conveniente para el mercado laboral: predecir los efectos jurídicos del despido.

Cabe mencionar que, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, siendo violatorio de la constitución el despido arbitrario y el despido que no respeta el debido proceso, entre otros, todos los empleadores optarán en la práctica – de mantenerse el dictamen del proyecto bajo análisis – por cumplir con las “formalidades de un procedimiento de despido justificado”, dejando al Poder Judicial el pronunciamiento definitivo.

Adicionalmente, la excesiva demora en los juicios, las costas y costos del proceso, la deficiente investigación que realizan algunos magistrados, la inadecuada especialización del juzgador<sup>19</sup> y la dificultad de lograr una jurisprudencia uniforme, pueden enturbiar el resultado de la controversia.

Si no hay otra alternativa que tener una legislación que no defina cuál es el sistema preferencial de protección frente al despido, es conveniente que, por seguridad jurídica, la ley recoja reglas o pautas que debe privilegiar el juzgador al momento de resolver, y que pueda ser alegado por las partes. Por ejemplo, frente a estos casos el Tribunal Constitucional ha definido que si el empleador no puede probar la causa justa del despido imputado, pero acredita que tuvo indicios razonables que el trabajador despedido podría haber sido responsable del hecho, concluye que debe optarse por la reparación económica y no por la reposición. También podría la norma precisar que cuando la reincorporación del trabajador puede provocar conflicto al interior de la organización empresarial, el juez tendría que optar por la reparación económica.

## 5. CONCLUSIÓN

Un mundo interdependiente y globalizado exige de parte de sus gobernantes evitar reformas que no solamente están destinadas al fracaso, sino al riesgo que legislemos de espaldas a la realidad nacional e internacional, optando por posiciones drásticas, que serían contraproducentes tanto para la formalización de los trabajadores como para mejorar las condiciones de empleabilidad y generación de puestos de trabajo, que son los problemas más graves en materia laboral.

Es evidente que los empleos no surgen porque nuestra legislación elija un determinado régimen de estabilidad laboral, pero una reforma realista podría generar mecanismos que fomenten su cumplimiento, en la búsqueda de lo que la Organización Internacional del Trabajo ha denominado “trabajo decente”.

Resulta por tanto temerario escuchar hoy en día el **regreso a una legislación que recoja un sistema de estabilidad laboral absoluta que tanto daño causó a la competitividad de los trabajadores, empresarios y al país en**

---

<sup>19</sup> La falta de especialización de los magistrados se hace más notoria en la acciones de amparo que versan sobre materia laboral, agravada por la carencia de etapa probatoria en estos procesos.

**general**, perjuicio mayor si estamos dentro de un procesos de ingreso a tratados y convenios de libre comercio. Basta mencionar que la propia normatividad internacional, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 26448, reconoce como válidos en casos de despidos injustificados, indistintamente, el derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional<sup>20</sup>.

Estamos de acuerdo que el despido debe sustentarse en una causa y no quedar a la libre voluntad del empleador, pero para evitar ello puede generarse mecanismos que castiguen o desalienten los abusos o arbitrariedades, pero eso no conlleva a que la mejor solución sea enfrentar al trabajador y al empleador para conservar una relación laboral que uno de los sujetos de la relación laboral ha optado por resolverla.

La aprobación de una Ley General del Trabajo, debe exigir a los gobernantes una definición sobre la política laboral ha ejecutarse. Queremos una legislación que busque flexibilizar el régimen de contratación y extinción del vínculo laboral, o queremos una legislación que otorgue mayor protección y estabilidad al trabajador frente a la posibilidad de un despido. Queremos mantener o mejorar el número beneficios laborales de naturaleza legal o queremos revisar el número y naturaleza de los mismos con la finalidad de incorporar más trabajadores al mercado formal.

Frente a ello, sería más coherente debatir qué tipo de legislación laboral queremos y adecuar el proyecto de Ley General del Trabajo a esta hoja de ruta, antes de aprobar normas que puedan obedecer más a intereses gremiales o partidarios que a una política laboral integral.

Cualquier cambio legislativo en materia de estabilidad no puede dejar de tomar en cuenta los criterios actuales del Tribunal Constitucional, y de proponerse un cambio en esta postura – como lo alentamos en el presente trabajo - quizás debemos analizar la necesidad de una modificación pero a nivel constitucional<sup>21</sup>.

No cometamos los errores del pasado cuando giramos de una estabilidad absoluta y rígida de la década de los ochenta (hoy anacrónica) a una

---

<sup>20</sup> Artículo 7 inciso 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 caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

<sup>21</sup> El Tribunal Constitucional, que ha tenido una importante recomposición entre sus miembros, para no esperar una reforma constitucional sobre la materia, podría en su facultad interpretadora de la Constitución, privilegiar la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria (“Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materia ratificada por el Perú”) declarando que conforme al Protocolo de San Salvador suscrito por nuestro país, tanto la indemnización como la reincorporación son adecuadas formas de reparar un despido sin causa, dejando por tanto a la ley nacional la determinación en que casos opera una u otra.

flexibilidad laboral excesiva. Tampoco regresemos al pasado con afán de reivindicación social. Los peruanos debemos empezar a buscar cuál es el justo medio para los cambios y dejar a los actores sociales involucrarse en los mismos con una visión de país.

**(\*) Ex Vice Ministro de Trabajo**  
**Socio del Estudio Chehade, Fonseca, Servat, Suarez & Varela Abogados**

---

Publicado en JUS-Doctrina & Práctica No.5 del mes de mayo de 2007