

# Estabilidad Laboral No es Sinónimo de Reposición

Tulio Máximo Obregón Sevillano\*

## Resumen:

El presente artículo desarrolla el tema de la estabilidad laboral, desde el enfoque del despido injusto o arbitrario. El autor propone un seguro por desempleo, financiado por los empleadores con el fin de que el perjuicio del despido sea resarcido no solo con el pago de una indemnización; lo anterior siempre que sea equivalente al respeto de las instituciones de derecho laboral como la libertad sindical y sobretodo el derecho al trabajo.

## Palabras clave:

Estabilidad – Indemnización – Despido – Trabajador – Continuidad laboral

## Abstract:

This article develops the theme of job security, from the viewpoint of unfair or arbitrary dismissal. The author proposes an unemployment insurance funded by employers to the detriment of dismissal is compensated not only with the payment of compensation; foregoing the right to work wherever equivalent to compliance with the labor law institutions as freedom of association.

## Keywords:

Stability – Compensation – Dismissal – Worker – Continuity works

## Sumario

1. Introducción – 2. ¿Qué es la estabilidad laboral? –3. Origen de la estabilidad laboral – 4. La constitución de 1993 – 5. Retorno de la estabilidad laboral absoluta por la vía judicial – 6. Las normas internacionales – 7. Excesiva rigidez de la regulación laboral – 8. Conclusiones

---

\* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Posgrado en Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca, España.

## 1. Introducción

La Encuesta Nacional de Hogares (ENAH), que se realiza a nivel nacional (la última fue en el año 2013) y la Encuesta Permanente de Empleo en Lima Metropolitana (EPE) (la última fue en el año 2014), muestran lo siguiente:

La Población Económicamente Activa (en adelante, PEA) en el Perú es de 16 millones, si no consideramos a los que prestan servicios para el Estado ni a los que laboran en el ámbito rural, y limitamos los datos estadísticos a los trabajadores urbanos, que son 9.6 millones, tenemos el siguiente resultado:

- a. Los trabajadores informales que prestan servicios en empresas informales, son el 49% de la PEA. Este porcentaje representa 4.679 millones de trabajadores
- b. Los trabajadores informales que prestan servicios en empresas formales son el 22% de la PEA. Este porcentaje representa a 2,126 millones de trabajadores; y,
- c. Los trabajadores formales que prestan servicios en empresas formales son el 29% de la PEA. Este porcentaje representa 2.795 millones de trabajadores.

Significa, pues, que el empleo informal representa el 71% de la PEA urbana.

¿A quién se considera trabajador formal y a quién informal?

Tiene empleo formal al trabajador que goza de tres condiciones:

- Beneficios sociales (vacaciones, CTS, gratificaciones, etc.),
- Prestaciones de salud, y
- Aporta a un régimen pensionario.

En cambio, es trabajador con empleo informal aquél que no accede a los beneficios señalados, pudiendo trabajar en una empresa informal, como en una empresa formal.

Ante esta situación, cabe la pregunta: ¿por qué, pese al crecimiento económico experimentado los últimos años, la tasa de empleo informal es tan alta?

Uno de los factores (hay muchos más) es la excesiva rigidez de la legislación laboral peruana, dentro de ella, la reposición, y el concepto errado asumido por la administración de justicia, de considerarla como la única manifestación de la estabilidad laboral. Es a este tema que se enfoca el presente artículo.

## 2. ¿Qué es la estabilidad laboral?

Doctrinariamente, la estabilidad laboral es una manifestación del principio de continuidad del derecho laboral (Américo Plá).

Este principio (continuidad) dentro de sus múltiples manifestaciones, señala dos que son muy importantes y tienen relación con la estabilidad laboral:

- La preferencia por la contratación a plazo indeterminado. a esta manifestación del principio de continuidad se le denomina estabilidad laboral de entrada, y
- El límite al despido ad nutum o arbitrario. A esta manifestación se le llama estabilidad laboral de salida.

A estas dos manifestaciones se llama "estabilidad laboral".

El objetivo de la estabilidad laboral es proteger el derecho al trabajo e impedir los actos arbitrarios de los empleadores.

La estabilidad laboral de salida, que tiene relación con la figura del despido, doctrinariamente, tiene grados diferenciados de protección:

- a. La estabilidad laboral absoluta, consiste en que, en caso de despido injustificado, el trabajador tiene derecho a la reposición en el empleo.
- b. La estabilidad laboral relativa propia, cuando existe la opción entre el pago de una indemnización al trabajador o su reposición en el empleo, decisión, que según la opción legislativa, podrá depender del propio trabajador, del juez o del empleador. En estos casos, suele haber pago de las remuneraciones devengadas entre el momento del despido y el de la reposición o pago de la indemnización; y,
- c. La estabilidad laboral relativa impropia, cuando el trabajador ante el despido del cual ha sido objeto, tiene derecho al pago de una indemnización.

## 3. Origen de la estabilidad laboral

Señala Carlos Blancas Bustamante, sobre el origen de la Estabilidad Laboral, "La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, aprobada en 1917 por la célebre Asamblea Constituyente de Querétaro, convocada por el Presidente Venustiano Carranza luego de años de revolución y guerra civil, estableció esta nueva, y trascendente, institución del derecho del trabajo, al proclamar en el numeral

XXII, del inciso A del artículo 123 que: "El patrono que despidiera a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario"<sup>1</sup>.

A partir de la Constitución Mexicana de 1917, muchos otros países incorporan en sus sistemas jurídicos laborales este derecho. En el caso de Perú, en el gobierno de facto de Velasco, se promulgó el Decreto Ley N° 18471, cuyo artículo 3°, estableció que en caso de despido injustificado, el trabajador elegía entre a) la reposición en el trabajo y el pago de una suma igual a las remuneraciones que hubiera dejado de percibir hasta el momento de la reposición; o, b) el pago equivalente a tres meses de remuneraciones, si el trabajador optaba por la terminación de la relación laboral, más una suma igual a las remuneraciones dejadas de percibir hasta la fecha de la resolución que pone término a la reclamación.

La Estabilidad Laboral en nuestro país, llega a su máximo apogeo con su constitucionalización. Así, la Constitución del año 1979, la consagra en el Artículo 48°, donde establece que "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada."

#### 4. La constitución de 1993

En la década del noventa, enmarcado nuestro país, ya no en una economía social de mercado, sino en una economía neoliberal, nace la Constitución de 1993, la que ya no consagra en su articulado, es decir, no reconoce, el derecho a la estabilidad, como si lo hizo la Constitución de 1979.

Efectivamente, la estabilidad laboral no fue recogida en la Constitución de 1993, pues ésta, en su artículo 27°, solo reconoce que el trabajador "goza de adecuada protección contra el despido arbitrario", y no hace mención expresa a la estabilidad laboral. Existe mucha diferencia entre el artículo 27° de la Constitución de 1993 con el artículo 48° de la Constitución del 79; son regulaciones totalmente diferentes en el Derecho Laboral.

La Constitución de 1993, en su artículo 27° otorga al trabajador "adecuada protección contra el despido arbitrario", pero no establece cual es esa

"adecuada" protección, es decir, es una norma de preceptividad aplazada, pues deja al legislador infraconstitucional, para que mediante ley sea quien regule el nivel de protección del trabajador en caso de despido arbitrario.

El legislador infraconstitucional podía establecer, dentro del marco de dicha norma constitucional: un régimen de estabilidad laboral absoluta, de estabilidad laboral relativa propia, estabilidad laboral relativa impropia, un régimen de inestabilidad (simple preaviso) o un seguro por desempleo.

El legislador infraconstitucional optó, a través de la Ley de Fomento del Empleo (D. Leg. N° 728), no por la reposición, sino por la indemnización, pues su artículo 34° que fuera posteriormente dividida en dos leyes, siendo una de ellas la Ley de Procedimiento y Competitividad Laboral se estableció que "*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*"<sup>2</sup>.

Luis Vinatea Recoba, señala, comentando la Constitución de 1993, que "así, no es posible en la actualidad que "la adecuada protección contra el despido arbitrario" se identifica con tal o cual grado de estabilidad; en verdad lo único cierto es que hoy por hoy el artículo 27° bajo comentario básicamente sirve para establecer de modo preciso que ya no existe un reconocimiento del derecho de estabilidad laboral a nivel constitucional"<sup>3</sup>.

A su vez, Guillermo Boza Pro, señala, comentando la Constitución de 1993 y refiriéndose a la estabilidad laboral que "este derecho es, sin duda alguna, el que mayores recortes ha soportado, al haberse eliminado la exigencia constitucional de causas justas para la terminación del vínculo laboral, su debida comprobación, la tipificación legal de las mismas (...) la garantía de este derecho queda supeditada a la normatividad infraconstitucional"<sup>4</sup>.

#### 5. Retorno de la estabilidad laboral absoluta por la vía judicial

Si bien, había un consenso a nivel doctrinario en nuestro país, que a partir de la Constitución de 1993 no había más estabilidad laboral absoluta,

1 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, El Derecho de Estabilidad en el Trabajo, p. 17.

2 La Ley de Fomento del Empleo (D. Leg. N° 728), en el año 1997 se desdobló en dos leyes: La Ley de Productividad y Competitividad Laboral cuyo texto fue aprobado por el D.S. N° 003-97-TR (27.3.97); y, la Ley de Formación y Promoción Laboral, cuyo texto fue aprobado por el D.S. N° 02-97-TR (27.3.97).

3 Vinatea Recoba, Luis, Asesoría Laboral, No. 37, p. 19.

4 Boza Pro, Guillermo, Asesoría Laboral No. 37, p. 37.

que legislativamente se había optado por una estabilidad laboral relativa impropia, y que dicha normativa estaba enmarcada dentro de las posibilidades que otorgaba la Constitución de 1993, lo que nadie podía prever es que años más tarde en nuestro país, a través de una sentencia del Tribunal Constitucional se reinstauraría la estabilidad laboral absoluta.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de septiembre de 2002, declaró inconstitucional el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (norma que establece que el trabajador objeto de un despido arbitrario sólo tiene derecho a una indemnización) y ordenó la reposición de los trabajadores despedidos.

Esta sentencia se dictó en la Acción de Amparo, Expediente No. 1124-2001-AA/TC, interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., con el objeto de obtener la reposición de trabajadores despedidos.

El sustento principal de la sentencia fue el Derecho al Trabajo. La sentencia en su fundamento 12, señala que *“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 resaltado es nuestro). Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.”*

*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:*

- a. Se trata de un “mandato al legislador”.
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino 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.” (...)

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34°. Del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, 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, sí, 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.
- b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43°. (“República social”) y 3°. de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.
- 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 determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.”

Así, en base a estos argumentos, y a la visión errada que solo la reposición es la única forma de resarcir el daño originado por el despido, el Tribunal Constitucional reinstaura en nuestro país la estabilidad laboral absoluta, y dicha sentencia sirvió de precedente de observancia obligatoria, de tal manera que a partir de ella, cuando un trabajador era objeto de un despido arbitrario, podía demandar la reposición u optar por la indemnización.

También esta sentencia originó que los trabajadores, ante cualquier reclamo, recurrieran a la vía del Amparo, antes que al proceso judicial ordinario, sin tomar en consideración los casos en los cuales si proceden y los casos en los cuales las vías procesales son otras, lo que generó una confusión muy grande. Ante ello, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia dictada en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, de observancia obligatoria, señaló los casos en los cuales proceden las demandas de amparo, en materia laboral, y son sólo los siguientes:

### 5.1 En el régimen laboral del sector privado

- a. Despidos incausados, fraudulentos y nulos, cuando el trabajador desee obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado.
  - Despido incausado es aquel en el cual no existe imputación de causa alguna para el despido.
  - Despido fraudulento, es cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, cuando hay controversia o duda sobre los hechos, corresponde a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.
  - Despido nulo son los regulados por los artículos 29° y 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en los cuales, pese a regularse la reposición dentro

del proceso ordinario laboral, el Tribunal Constitucional es competente para conocer los casos de urgencia.

- b. Son nulos los despidos cuando hay violación de la libertad sindical y del derecho de sindicación.

En cuanto a la libertad sindical, que garantiza la protección colectiva de los trabajadores sindicalizados, como también reconoce una protección especial para los dirigentes sindicales, toda vez que estos últimos, libremente elegidos, detentan la representación de los trabajadores sindicalizados a fin de defender sus intereses.

- b. Los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, así como los despidos producidos con motivo del embarazo.
- c. El despido que se origina en la condición de impedido físico mental.
- d. No son objeto de amparo, por tener su propia vía procesal, los reclamos por:
  - Impugnación de despido (sin reposición).
  - Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.
  - Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.
  - Pago de remuneraciones y beneficios económicos.
- e. No son causas que puedan ser vistas en los procesos de amparo, las señaladas en el artículo 30° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en los actos de hostilidad:
  - La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
  - La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
  - El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.

- La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
  - El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
  - Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
  - Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.
- g. El amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo.
- i. Tampoco es aplicable a los trabajadores de dirección y de confianza, quienes no tienen derecho a la reposición.

## 5.2 En el régimen laboral del sector público

- a. La vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública (Decreto Legislativo N° 276, Ley N° 24041 y regímenes especiales de servidores públicos sujetos a la carrera administrativa) es el proceso contencioso administrativo, que permite la reposición del trabajador despedido.
- b. Igual sucede con las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública y que se derivan de derechos reconocidos por la ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones, rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios, etc.

- c. Por tanto, conforme al artículo 5°, inciso 2° del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública y de las materias mencionadas en el literal anterior, deben ser declaradas improcedentes, solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo.
- d. El proceso de amparo es la vía idónea, en los casos de despidos de servidores públicos cuya causa sea su afiliación sindical o cargo sindical; la discriminación; la maternidad; y, por la condición de impedido físico o mental.

Consecuencia de estas sentencias, en el año 2012, el I Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, adoptó el siguiente acuerdo:

- a. En los procesos judiciales regulados por la antigua Ley Procesal del Trabajo N° 26636, *“Los jueces de trabajo (...) están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo.”*

Este supuesto no estaba contemplado en la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, toda vez que en nuestro sistema legal no había la reposición como medida reparadora en el caso de un despido arbitrario, pero como quiera que el Tribunal Constitucional, mediante sentencias en procesos de Amparo, había establecido jurisprudencia con la calidad de precedentes de observancia obligatoria la reposición de los trabajadores cuyos despidos eran incausados o fraudulentos, en el Pleno se decidió que a través de la vía del proceso ordinario laboral, se demande la reposición.

- b. Y, en los procesos judiciales en los que se aplica la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, el Pleno estableció que *“Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en casos de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral, siempre que la reposición sea planteada como pretensión única.”*

Este supuesto sí fue contemplado en la Nueva Ley Procesal, pero se precisa que para tramitarse como proceso abreviado, debe ser la reposición la única pretensión.

Con estos dos acuerdos se ratifica la consagración definitiva de la estabilidad laboral absoluta en nuestro país. Es decir, el derecho a la reposición.

## 6. Las normas internacionales

Es bueno tener en cuenta lo que las normas internacionales establecen sobre estabilidad laboral.

### 6.1 Convenio 158 de la OIT sobre la Terminación de la Relación de trabajo.

Este convenio adoptado en la 68ª Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 1982), entró en vigencia el 23 de noviembre de 1985.

El Perú no lo ha ratificado.

En la Sección E, referido a la "Indemnización por fin de Servicios y Otras Medidas de Protección de los Ingresos", el Artículo 12 establece lo siguiente:

*"1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:*

*(a) **A una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas**, (el resaltado es nuestro) cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o*

*(b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o*

*(c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.*

*(d) Cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general, no será exigible el pago de las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), (...)."*

La posición normativa de la OIT es clara, los mecanismos de reparación en favor de los trabajadores, víctimas de un despido injusto o arbitrario, son diversos. La protección contra el despido no es la reposición. Por ello, las posiciones que adoptan los jueces en Perú son extremas y sin respaldo en la normativa internacional.

### 6.2 El protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"

Este Protocolo, en el literal d) del artículo 7º, sobre Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo, establece: *"Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...)*

*a. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. **En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;** (el resaltado es nuestro) (...)"*

Esta Convención sobre Derechos Humanos tampoco consagra la estabilidad laboral absoluta. Permite que se establezcan otros mecanismos de reparación en favor del trabajador, como una indemnización o un seguro de desempleo.

Podemos concluir que el modelo impuesto en nuestro país por el Tribunal Constitucional de estabilidad laboral absoluta no tiene consenso ni respaldo internacional.

## 7. Excesiva rigidez de la regulación laboral

Lo único que se ha logrado con las sentencias del Tribunal Constitucional es hacer más rígido nuestro Derecho Laboral.

Es una consecuencia lógica que uno de los factores de la alta tasa de informalidad laboral es la excesiva rigidez de las normas laborales, sobre todo, el de la reposición en caso de despido.

Por ello, si se desea reducir la tasa de informalidad, se deben atacar los factores que la generan, uno de los pasos que se debe adoptar, en materia de despido, es mantener el modelo de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que optó por el de la estabilidad laboral relativa impropia, es decir, que en caso de despido arbitrario o injustificado, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización.

Debería mantenerse la estabilidad laboral absoluta (reposición) en aquellos casos en los cuales su inexistencia vaciaría de contenido o haría ineficaz otros derechos que merecen mayor

protección, como la libertad sindical, pues si no hubiera reposición, este derecho podría no existir, y estaría condenada a desaparecer.

Así, debe mantenerse la estabilidad laboral absoluta para los trabajadores amparados con el fuero sindical, como para los casos de despidos por discriminación.

## 8. Conclusiones

Creemos que debe existir estabilidad laboral, pero la relativa, es decir, que el trabajador víctima de un despido injusto o arbitrario, sea resarcido de dicho perjuicio con el pago de una indemnización.

Debería establecerse el seguro por desempleo, financiado por los empleadores.

Las normas internacionales no contemplan la estabilidad laboral absoluta. Señalan claramente que ante un despido injusto el trabajador puede tener en lugar de reposición, el pago de una indemnización.

La reposición debe limitarse, de manera excepcional, solamente a aquellos casos en los que su inexistencia haría perder sentido o contenido a otras instituciones, como los vinculados a la libertad sindical.

No es lógico ni justo que en un contrato (el de trabajo lo es), si una de las partes no desea mantener el vínculo, se la fuerce a ello. Ello es injusto para la parte de la relación contractual que se ve forzado a mantener una relación contractual y un vínculo laboral no deseado.


Es absurdo mantener la estabilidad absoluta, sólo por criterios ideológicos, anacrónicos, y apartados del mundo real. Solo se logra proteger a unos cuantos, sin considerar el enorme impacto negativo que genera en la empleabilidad de miles de trabajadores que se mantienen en relaciones informales. No se pueden mantener instituciones, sólo por ser un "principio", pero sin mayor contenido que su sola formulación.

¿Existe un sustento que no sea su sola formulación para mantener la reposición? Posiblemente, la respuesta sería el derecho al trabajo. Pero sería el derecho al trabajo sólo del trabajador despedido. Y, ¿qué sucede con el derecho al trabajo de todos aquellos que se mantienen en la informalidad, justamente porque existe la reposición?

Las instituciones del derecho deben trascender el ámbito jurídico, y ser considerados dentro de un sistema integral, del que son parte la economía, la filosofía, la sociología, la psicología, etc. Estamos seguros que dentro de este enfoque sistémico, la estabilidad laboral absoluta no tendría cabida.

Comparto lo que señala Alfredo Bullard:

*"Entre la fe y la ideología hay solo un paso. Por eso el Derecho entendido en esos términos o es pura fe o pura ideología (o las dos cosas al mismo tiempo). Ese es el gran engaño de Kelsen que nos hizo creer que podía existir una ciencia jurídica marginada e independiente de otras ciencias y ramas del conocimiento".*

*"No es posible usar conceptos jurídicos para definir de manera útil conceptos jurídicos por que estaremos ocultando el verdadero sentido de las cosas.<sup>5)</sup>"* 

5 Bullard, Alfredo. Comentario en Facebook del 9 de diciembre de 2014.