

# *La estabilidad laboral de salida en las modificaciones a la Ley de Fomento del Empleo*

**Ricardo Herrera Vásquez**

Abogado. Profesor de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**P**robablemente, el cambio más importante producido en la legislación laboral a partir de la entrada en vigor de la Ley No. 26513 (29 de julio de 1995) consiste en la modificación del régimen de estabilidad laboral de salida hasta entonces imperante. El presente trabajo pretende analizar los aspectos sustantivos y procesales de la nueva regulación, así como el tema del cese colectivo por causas objetivas, partiendo de la descripción de la situación precedente. Demos inicio a la agenda propuesta.

## **I. LA ESTABILIDAD LABORAL DE SALIDA INDIVIDUAL: ASPECTOS SUSTANTIVOS.**

### **1. Marco teórico.**

Una de las características del contrato de trabajo es que es un pacto de tracto sucesivo, es decir, se ejecuta progresivamente en el tiempo. Esto ha dado origen al denominado «principio de continuidad», que persigue atribuirle la más larga duración al contrato de trabajo.

Siguiendo a la doctrina latinoamericana, podemos decir que las manifestaciones de este postulado son fundamentalmente seis: la preferencia por la contratación a plazo indefinido, la amplitud en la admisión de transformaciones en el contrato de trabajo, la mantención del contrato de trabajo ante eventuales incumplimientos o nulidades, la resistencia a la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, la consideración de las interrupciones del contrato de trabajo como simples suspensiones y, la prolongación del contrato de trabajo ante la sustitución del empleador.

Pues bien, siguiendo a la doctrina europea, la primera y cuarta manifestaciones configuran el contenido del derecho de estabilidad laboral. En esa medida, cuando es preferida la contratación a plazo indefinido, estaremos hablando de la presencia de la estabilidad laboral al inicio del contrato de trabajo o estabilidad «de entrada»; mientras que, cuando exista resistencia a la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, estaremos ante la estabilidad laboral al término del contrato de trabajo o estabilidad «de salida». La estabilidad «de entrada» se concreta en la siguiente regla: a labores ordinarias y permanentes en la empresa, contratos a plazo indefinido; mientras que, a labores ordinarias y temporales o, complementarias y permanentes o temporales, contratos a plazo fijo (sujetos a modalidad, según el Decreto Legislativo No. 728). Por su parte, la estabilidad «de salida» se concreta en la protección del trabajador frente al despido arbitrario.

Según la doctrina latinoamericana, la estabilidad «de salida» puede ser de dos clases: absoluta y relativa. La primera obliga a que, ante un despido improcedente o injustificado, el trabajador sea reincorporado en su puesto de trabajo. La segunda permite que, ante un despido improcedente o injustificado, el empleador pueda no reponer al trabajador en su puesto de trabajo.

Entonces, la protección del trabajador será alternativamente, o la declaración del despido como nulo y la reanudación de la relación laboral sin que el trabajador preste efectivamente servicios, a lo que se denomina estabilidad relativa «propia», o el pago de una indemnización al trabajador a cambio de la ruptura definitiva del vínculo laboral, a lo que se llama estabilidad relativa «impropia».

## 2. Situación precedente.

El Decreto Legislativo No. 728, Ley de Fomento del Empleo (12 de noviembre de 1991), estableció inicialmente un régimen de estabilidad laboral «de salida» en el cual formalmente la regla era la estabilidad absoluta y, la excepción era la estabilidad relativa «impropia».

En efecto, en primer lugar, se estableció la presunción *iuris tantum* que todo contrato de trabajo se entendía celebrado a plazo indefinido. En esa medida, se requería prueba en contrario (documento escrito) para considerarlo a plazo fijo (Decreto Legislativo No. 728, artículo 37). En segundo lugar, se dispuso que los trabajadores contratados a plazo indefinido, una vez superado el período de prueba, gozaban de estabilidad absoluta. Ello por cuanto, centralmente, no podían ser despedidos si no mediaba una causa justa prevista en la ley y debidamente comprobada (Decreto Legislativo No. 728, artículo 58). La causa justa podía estar relacionada con la conducta o la capacidad del trabajador (Decreto Legislativo No. 728, artículo 59). En esa medida, ante un despido improcedente o injustificado, estos trabajadores tenían derecho a la reposición (aún cuando, veremos posteriormente, esta garantía fue sustancialmente flexibilizada).

En tercer lugar, se prescribió que sólo los trabajadores de dirección y de confianza, los que laboraban en empresas de hasta veinte trabajadores (Decreto Legislativo No. 728, artículo 84) y los contratados temporalmente (Decreto Legislativo No. 728, artículo 119), tenían estabilidad relativa «impropia». Las dos primeras categorías de trabajadores, ante un despido improcedente o injustificado, una vez vencido el período de prueba, sólo podían accionar el pago de una indemnización por despido, mas no la reposición. Y, los trabajadores temporales, ante un despido improcedente o injustificado, sólo tenían derecho a las remuneraciones dejadas de percibir hasta el vencimiento del contrato, a modo de indemnización por despido (lucro cesante).

Sin embargo, la consagración de la estabilidad absoluta como regla fue sólo formal, pues la realidad demuestra que grandes segmentos de la población laboral están en alguna de las tres categorías antes enunciadas. Al punto que, en términos cuantitativos, la excepción se convierte en regla.

En efecto, hasta 1993 se habían registrado sólo en Lima Metropolitana 27,596 ejecutivos de empresa, es decir, trabajadores mayoritariamente de dirección. No se tienen estadísticas recientes sobre trabajadores de confianza, pero seguramente una porción no desdeñable de empleados (257,502 en Lima Metropolitana para 1993) lo son. De otro lado, en 1993 fueron presentados en Lima Metropolitana 206,582 contratos temporales<sup>(1)</sup>. Por último, para 1995 se proyecta que cerca de 780,000 trabajadores integran empresas de menos de veinte personas. Si se estima que el sector privado ocupará en 1995 aproximadamente a 1'560,000 trabajadores<sup>(2)</sup>, como puede apreciarse, más de la mitad de los asalariados estarían ya, con la normatividad anterior, en un régimen de estabilidad relativa «impropia».

Finalmente, el monto de la indemnización por despido variaba según la antigüedad del trabajador. Si tenía contrato vigente al 8 de noviembre de 1991, y no había manifestado por escrito su voluntad de acogerse al régimen del Decreto Legislativo No. 728, le correspondían tres remuneraciones por una antigüedad entre tres meses y menos de un año, seis remuneraciones por una antigüedad igual o superior a un año y menor a tres, y doce remuneraciones por una antigüedad igual o superior a tres años (Decreto Legislativo No. 728, Segunda Disposición Transitoria y Final). En cambio, si tenía contrato vigente a partir del 9 de noviembre de 1991, le correspondía una remuneración por cada año completo de servicios, con un mínimo de tres y un máximo de doce remuneraciones (Decreto Legislativo No. 728, artículo 76).

## 3. Situación actual.

A partir del 29 de julio último, fecha de entrada en vigencia de la Ley No. 26513, nuestro ordenamiento laboral ha retornado al sistema de estabilidad laboral anterior a 1970, cuando se encontraba plenamente vigente la Ley No. 4916: ha desaparecido la estabilidad absoluta (aún cuando respecto de los dirigentes sindicales el tema es opinable, como veremos posteriormente), teniendo todos los trabajadores ahora sólo estabilidad relativa «impropia», independientemente de su antigüedad en la empresa. En esa medida, ante un despido improcedente o injustificado, tendrán derecho a la indemnización por despido, pero no a la reposición

(1) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION SOCIAL. Anuario estadístico 1993. Lima, 1993, págs. 113 y ss.

(2) BERNEDO ALVARADO, José. «Aproximación al mercado laboral 1995». En: Análisis Laboral. Volumen XIX. No. 213. Lima, marzo de 1995, pág. 25.

(TUO Decreto Legislativo No. 728, artículo 67).

Así, los trabajadores contratados a plazo indefinido, si son despedidos arbitrariamente una vez superado el período de prueba, a pesar que no sean trabajadores de dirección o confianza o no integren empresas de menos de veinte personas, ya no podrán exigir su reincorporación en el puesto de trabajo.

---

*“...nuestro ordenamiento laboral ha retornado al sistema de estabilidad laboral anterior a 1970 (...) ha desaparecido la estabilidad absoluta (...) teniendo todos los trabajadores ahora sólo estabilidad relativa «impropia», independientemente de su antigüedad en la empresa”*

---

De otro lado, el monto de la indemnización por despido se ha uniformizado independientemente de la antigüedad del trabajador. Ahora asciende a una remuneración por cada año completo de servicios, con el tope de doce remuneraciones, debiendo calcularse dozavos por meses completos y treintavos por días laborados. Su abono sólo procede una vez superado el período de prueba (TUO Decreto Legislativo No. 728, artículo 71). En cuanto a los trabajadores temporales que sean despedidos arbitrariamente luego de vencido el período de prueba, conservan su derecho al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, pero con el límite de doce remuneraciones (TUO Decreto Legislativo No. 728, artículo 110).

En ese sentido, en algunos casos la diferencia de lo pagado por un despido arbitrario a un trabajador contratado indefinida o temporalmente, puede ser sustancial. Si el primero es despedido improcedente o injustificadamente al año de servicios, sólo tendría derecho a una remuneración como indemnización. En cambio, si el segundo es objeto de un despido arbitrario, habiendo sido contratado por un año, y ha superado el período de prueba común (tres meses), tendría derecho al pago de las nueve remuneraciones dejadas de percibir. Esto podría conducir a la preferencia por la contratación a plazo indefinido, antes que a plazo fijo,

con lo cual se revertirían las estadísticas antes mencionadas en materia de tipos contractuales.

#### 4. Sustento constitucional.

Ahora bien, es importante saber si la trascendental modificación operada es compatible con la consagración constitucional del derecho de estabilidad laboral. El artículo 27 de nuestra Carta Magna dispone que: «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario». El texto normativo sería lo suficientemente genérico y flexible como para que el legislador adopte indistintamente un régimen de estabilidad absoluta o relativa.

En todo caso, ante cualquier duda acerca del tipo de estabilidad laboral contenido en la norma constitucional, debemos acudir a los tratados internacionales suscritos por el Perú sobre la materia, para darle sustancia al mandato normativo (Constitución. Cuarta Disposición Final y Transitoria). Entonces, debemos acudir al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en San Salvador (El Salvador) el 17 de noviembre de 1988, y aprobado mediante Resolución Legislativa No. 26448. En su artículo 7, inciso d señala a la letra que: «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: (...) d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas justas de 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...».

En esa medida, podemos confirmar que la protección frente al despido arbitrario puede consistir indistintamente en un régimen de estabilidad absoluta o relativa. Así, resulta plenamente constitucional el nuevo régimen de estabilidad relativa «impropia» establecido por la Ley No. 26513.

## II. LA ESTABILIDAD LABORAL DE SALIDA INDIVIDUAL: ASPECTOS PROCESALES.

### 1. Situación precedente.

En el texto original del Decreto Legislativo No. 728, existían tres acciones para impugnar un despido individual improcedente o injustificado: nulidad de despido, reposición e indemnización por despido. En

los tres casos, el trabajador tenía un plazo para demandar judicialmente de treinta días naturales contados desde la ocurrencia del despido (artículo 74).

La acción de nulidad de despido cuestionaba todo despido que sea consecuencia de un acto discriminatorio, como cesar a un trabajador por su filiación sindical, presentar una queja contra el empleador o estar embarazada (artículos 65 y 71). Se entendió que el trabajador debía probar la conexión entre el motivo discriminatorio y el despido (artículo 75) y, si lo lograba, el juez debía dictaminar su reposición en el empleo. No cabía la posibilidad que el trabajador o el juez opten por el pago de la indemnización por despido en lugar de la reposición.

La acción de reposición cuestionaba todo despido improcedente o injustificado, pretendiendo el retorno al centro de trabajo. Se entendió que el empleador debía probar el cumplimiento del procedimiento de despido y la existencia de causa justa. Si ello no fuera posible, el juez debía dictaminar la reposición del trabajador o, si no lo considerara conveniente por las circunstancias del caso concreto, podía sustituir la reposición por el pago de la indemnización por despido, opción que también tenía el trabajador (artículo 72).

Sin embargo, para los trabajadores que al 8 de noviembre de 1991 tenían vínculo laboral vigente, la potestad judicial antes mencionada no se les aplicaba. Es decir, si demandaban reposición y ganaban el juicio, de todos modos volvían a la empresa, a menos que ellos mismos optaran por la indemnización por despido (Segunda Disposición Transitoria).

Finalmente, la acción de indemnización por despido cuestionaba todo despido improcedente o injustificado, pretendiendo no la reposición sino simplemente el pago de una indemnización por tal acto arbitrario. A esta pretensión podía acumularse el pago de los beneficios sociales (artículo 72). También se entendió que el empleador debía probar el cumplimiento del procedimiento de despido y la existencia de causa justa. Si ello no fuera posible, el juez debía dictaminar el pago de la indemnización. Además, un trabajador que se considere hostilizado por su empleador en determinados supuestos, podía dar por terminado su contrato de trabajo (despido indirecto) y demandar judicialmente el pago de la indemnización (artículo 73, inciso b). Sólo que, en este caso, el trabajador debía probar la ocurrencia del acto de hostilidad.

De lo expuesto, se desprende que los trabajadores contratados a plazo indefinido, si eran despedidos arbitrariamente una vez superado el período de prueba, podían demandar alternativamente su reposición o el pago de la indemnización por despido. Mientras que, los trabajadores de dirección o de confianza y los que laboraban en empresas de hasta veinte trabajado-

res, sólo podían accionar ante un despido improcedente o injustificado, una vez vencido el período de prueba, por el pago de la indemnización por despido. Claro está que, en cualquier caso, si el despido era nulo por responder a un acto discriminatorio, procedía la acción de nulidad de despido y, posteriormente, la reposición.

## 2. Situación actual.

Con las modificaciones aportadas por la Ley No. 26513, el TUO de la Ley de Fomento del Empleo presenta ahora sólo dos acciones para impugnar el despido individual arbitrario: la acción de nulidad de despido y la de indemnización por despido (artículo 67). La primera sigue cuestionando los despidos que sean consecuencia de un acto discriminatorio y, tiene por objeto la reposición del trabajador, a menos que éste opte por la indemnización (posibilidad vedada en el texto original del Decreto Legislativo No. 728).

La segunda sanciona los despidos improcedentes o injustificados, con el pago de la indemnización mas no con la reposición. Se mantiene el plazo de treinta días naturales para accionar por cualquiera de las dos vías, contados desde la ocurrencia del despido (artículo 69). Pero, la gran novedad consiste en que ha desaparecido la acción de reposición, en congruencia con la eliminación del régimen de estabilidad laboral absoluta.

Como antes, la acción de indemnización por despido puede ser complementada con la exigencia del pago de los beneficios sociales y, puede canalizar la reclamación de un trabajador hostilizado que haya decidido dar por terminado su contrato de trabajo (despido indirecto).

Se entiende también que en la acción de nulidad de despido, el trabajador debe demostrar la vinculación entre el motivo discriminatorio y el despido. Pero, en la acción de pago de indemnización por despido, debe ser el empleador quien demuestre el cumplimiento del procedimiento de despido y la existencia de causa justa si quiere evitarse el pago de la indemnización (artículo 70).

Ahora bien, las acciones de reposición que se encontraban en trámite al 29 de julio de 1995 y, que habían sido interpuestas por trabajadores que tenían vínculo laboral vigente al 8 de noviembre de 1991, si son declaradas fundadas en última y definitiva instancia, podrán determinar la reincorporación del trabajador (Octava Disposición Final). De este modo, respecto de estos trabajadores se mantienen las normas procesales anteriores, sustentadas en un régimen de estabilidad absoluta. Pero, ciertamente, constituyen la única excepción.

Por último, es importante analizar el tema de la estabilidad laboral de los dirigentes sindicales, a la luz

de la institución del fuero sindical. Éste consiste en el derecho de determinados dirigentes sindicales a no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin causa justa debidamente demostrada o sin su aceptación, respectivamente (Decreto Legislativo No. 25593, artículo 30).

Antes de la Ley No. 26513, el contenido del fuero sindical apuntaba claramente a un régimen de estabilidad laboral absoluta en favor de los dirigentes sindicales que lo ostentaban lo cual, en rigor, no les reportaba beneficio adicional alguno respecto de los demás trabajadores. Con el establecimiento de la estabilidad relativa como regla, parecería que los dirigentes sindicales no escapan a la misma. Sin embargo, en aplicación del Convenio No. 98 OIT, se ha entendido que el fuero sindical debe procurar un sistema de estabilidad absoluta, pues el bien jurídico tutelado por dicha institución no es sólo el derecho al empleo del dirigente sindical eventualmente despedido, sino la propia libertad sindical y, en concreto, el derecho al desarrollo de actividad sindical, personificada en el dirigente sindical<sup>(3)</sup>. Esta posición parte de la premisa de un contexto normativo mayoritario en la legislación comparada, en el que impera un régimen de estabilidad relativa. Consideramos que, en nuestro país, debe seguirse este esquema, en el futuro nuevo Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo y, en la esperada Ley General de Trabajo.

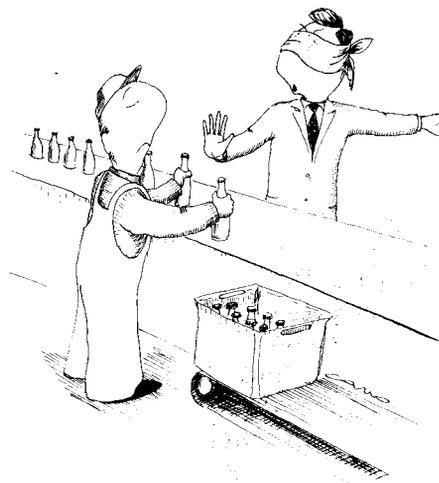
### III. LA ESTABILIDAD LABORAL DE SALIDA COLECTIVA: EL CESE COLECTIVO POR CAUSAS OBJETIVAS.

#### 1. Marco teórico y constitucional.

El artículo 27 de nuestra Carta Magna otorga al trabajador «adecuada protección contra el despido arbitrario». La pregunta que sobreviene consiste en si el término «despido» incluye además de su manifestación individual la colectiva, o si sólo implica la primera. La respuesta es trascendental, por cuanto si nuestra Constitución sólo alude al despido individual, el cese

colectivo por causas objetivas podría suponer un régimen de inestabilidad laboral o despido libre (*ad nutum*). Así, bastarían las causas «subjetivas» para que el empleador pueda truncar las relaciones laborales, según su completo albedrío.

Para aventurar una respuesta, es imprescindible enunciar las dos nociones de despido que se manejan a nivel doctrinal. Según una concepción restringida, por despido debe entenderse solamente la extinción del contrato individual de trabajo por decisión del empleador, ante un incumplimiento grave y culpable del trabajador<sup>(4)</sup>. Según una concepción amplia, el despido es toda extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, implique a un sólo trabajador o a una pluralidad de trabajadores<sup>(5)</sup>.



Así, de acuerdo con la primera teoría, únicamente podría ser considerado como despido el individual disciplinario; en cambio, según la segunda teoría, además de éste serían despido el cese por causas económicas, tecnológicas, de caso fortuito o fuerza mayor, etc.<sup>(6)</sup>. Ésta es la posición asumida por el Convenio No.

(3) ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Sindicatos en libertad sindical. Tercera edición. ADEC-ATC, Lima, 1991, págs. 65-66.

(4) SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. La terminación del contrato de trabajo. IEE, Madrid, 1980, págs. 150-157.

(5) ALONSO OLEA, Manuel. Citado por: MARTÍN VALVERDE, Antonio. El período de prueba en el contrato de trabajo. Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, pág. 269.

(6) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. «El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana». En: NEVES MUJICA, Javier (Director). Trabajo y Constitución. Editorial Cusco, Lima, 1989, pág. 121.

158 OIT, que agrupa estas modalidades de cese bajo el rubro «terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador» (este Convenio no ha sido ratificado por el Perú).

De otro lado, en cuanto a los sistemas formales de despido, existen principalmente dos: el «despido directo» y el «despido propuesta». Para el primero, la voluntad del empleador es suficiente para que el despido surta plenos efectos jurídicos y extinga el vínculo laboral. Para el segundo, es indispensable que un tercero convalide la decisión del empleador de resolver el contrato de trabajo y, no basta su sola voluntad para generar tal efecto jurídico<sup>(7)</sup>.

El «despido directo» responde a la lógica del despido individual disciplinario. Pero, el «despido propuesta» se condice con el cese colectivo por causas objetivas, en tanto se requiere la aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo para implementar la reducción de personal. Como puede apreciarse, llamar a ambas entidades como «despido», implica que esta diferenciación formal de los sistemas de despido supone un concepto amplio del mismo: extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, afectando a uno o más trabajadores.

Pues bien, como ya dijimos, las normas relativas a los derechos constitucionales se interpretan de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el Perú sobre la materia (Constitución. Cuarta Disposición Final y Transitoria). En esa medida, la primera pauta interpretativa que debemos seguir para determinar el contenido del término «despido» en nuestra Carta Magna, consiste en rastrear si alguna norma internacional puede explicitarlo.

El Convenio No. 158 OIT, que opta claramente por una concepción amplia del término «despido», al englobar bajo el rubro «terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador» tanto al despido individual como al cese colectivo por causas objetivas, lamentablemente no se encuentra ratificado por nuestro país. Sin embargo, sí lo está el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado mediante Resolución Legislativa No. 26448). Como ya hemos visto, el derecho al trabajo supone la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las «causas justas de separación». En esta frase podemos encontrar la clave del problema.

La «adecuada protección contra el despido arbitrario», supone la existencia de justa causa y debida comprobación como condicionantes para la permisibilidad del despido. En esa medida, sea individual o colectivo en el ámbito de aplicación de la decisión extintiva del empleador, siempre deben estar presentes tales condicionantes. De manera que, nuestra Constitución emplea el término «despido» en su acepción amplia, es decir, como toda extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del patrono. Así, el cese colectivo por causas objetivas está incluido dentro del término «despido», extendiéndose la protección de la estabilidad laboral a dicho supuesto.

Sin embargo, parece ser que nuestro ordenamiento infraconstitucional se encuentra en una posición muy cercana a la concepción restringida de despido, es decir, extinción del contrato de trabajo por decisión del empleador ante un incumplimiento grave y culpable del trabajador. En efecto, la Ley de Fomento del Empleo restringe el despido a su manifestación individual, por razones disciplinarias o de rendimiento (TUO Decreto Legislativo No. 728, artículo 55). Desde esa perspectiva, no es despido el cese colectivo por causas objetivas<sup>(8)</sup>. Ello lo ratifica el hecho que tanto el despido como el cese colectivo por causas objetivas, estén previstos como dos causas distintas de extinción del contrato de trabajo (TUO Decreto Legislativo No. 728, artículo 49, incisos g y h).

Ciertamente, a partir de la ratificación del Protocolo Adicional antes mencionado (14 de junio de 1995), amerita replantear los términos de la Ley de Fomento del Empleo para compatibilizar su noción de «despido» con la contenida en la Carta Magna. Para ello, bastaría con agregarle el término «individual» a la norma que contempla al despido como una forma de extinción del contrato de trabajo.

## 2. Situación precedente.

El texto original del Decreto Legislativo No. 728 contemplaba cuatro causas objetivas para el cese colectivo del personal: el caso fortuito o la fuerza mayor; los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; la disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra; y, las necesidades de funcionamiento de la empresa (artículo 86).

Si la causa era económica, tecnológica, estruc-

(7) ALMANSA PASTOR, José. El despido nulo. Editorial Tecnos, Madrid, 1968, págs. 15-17.

(8) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. «La extinción de la relación laboral en el Perú». En: PASCO COSMÓPOLIS, Mario (Director). La extinción de la relación laboral. Perspectiva ibero-americana. AELE Editores, Lima, 1987, pág. 246.

tural o análoga, debía seguirse el siguiente procedimiento (en parte aplicable al caso fortuito o la fuerza mayor y, la disolución y liquidación y quiebra): el empleador intentará, en trato directo con los trabajadores, acordar las condiciones del cese colectivo o el establecimiento de medidas alternativas. Si ello no fuera posible, el empleador podía recurrir al Ministerio de su Sector (si la causa es tecnológica o estructural) o a la CONASEV (si la causa es económica), con el objeto de que dichas entidades emitan un informe acerca de la real existencia de la causa objetiva.

Con este informe, el empleador presentaba su solicitud de cese colectivo a la Autoridad Administrativa de Trabajo, pudiendo acompañar una pericia técnica. Posteriormente, la Autoridad Administrativa de Trabajo debía convocar a reuniones de conciliación, en un último intento por lograr que las partes lleguen a un acuerdo sobre las condiciones del cese colectivo o medidas alternativas. Si nuevamente se fracasaba en el intento, dicha autoridad debía dictar resolución expresa aprobando o no la solicitud de reducción de personal. Este pronunciamiento podía ser apelado, lo cual exigía un nuevo y definitivo pronunciamiento expreso. Entonces, se agotaba la vía administrativa y, sólo cabía continuar cuestionando la decisión a través de la acción contencioso-administrativa (artículo 88).

En el caso de las necesidades de funcionamiento de la empresa, se exigía simplemente la acreditación de la existencia de la causa objetiva ante el Ministerio del Sector, mediante una simple declaración jurada del empleador (D.S. No. 004-93-TR, artículo 46). Después, el empleador acudía a la Autoridad Administrativa de Trabajo para solamente comunicarle la relación del personal cesado (no más del 5% de la plantilla existente al inicio de cada año), el cual concluía su vínculo laboral una vez presentada dicha comunicación, sin que dicha autoridad se pronuncie en momento alguno (artículo 90).

Los trabajadores cesados por caso fortuito o fuerza mayor, o por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, tenían derecho de preferencia para ser recontratados si el empleador requería nuevo personal. En caso el empleador no permitiera el ejercicio de este derecho, los trabajadores cesados podían solicitar judicialmente su reincorporación, mediante la acción de reposición (artículo 95). Del mismo modo, los trabajadores cesados por necesidades de funcionamiento, cuyos puestos no sean cubiertos por nuevo personal en 60 días, podían demandar su reposición en el trabajo (artículo 92).

Además, todo trabajador cesado en un cese colectivo por causas objetivas autorizado por resolución expresa, podrá cuestionar judicialmente la decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo, me-

dante la correspondiente acción contencioso-administrativa (Constitución, artículo 148; D.S. No. 037-90-TR). Ahora bien, es requisito imprescindible para la interposición de dicha acción que sea demandante la parte o partes que hubieren intervenido en el procedimiento administrativo (D.S. No. 037-90-TR, artículo 3).

La no previsión expresa de la exigencia de notificación de la solicitud de reducción de personal al sindicato o trabajadores afectados, como partes en el proceso (omisión no subsanada con la citación a conciliación), lo cual implicaba que eventualmente eran notificados sólo como terceros con legítimo interés, dificultaba su posibilidad de demandar la acción contencioso-administrativa. Entonces, se debió haber invocado el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, que preceptúa que basta el legítimo interés económico o moral para ejercitar una acción judicial.

---

*“...la gran novedad consiste en que ha desaparecido la acción de reposición, en congruencia con la eliminación del régimen de estabilidad laboral absoluta”*

---

Pues bien, como puede apreciarse, el cese colectivo por causas objetivas era un despido colectivo, cuyo sistema era el del despido «propuesta», salvo en el caso del cese por necesidades de funcionamiento, en el que no se exigía la autorización del Ministerio de Trabajo sino del Ministerio del Sector, ante una simple declaración jurada de la existencia de la causa objetiva invocada.

Como hemos sostenido, la verificación de la real ocurrencia de la causa objetiva por la Autoridad Administrativa de Trabajo, supone el cumplimiento de la exigencia de la debida comprobación de la causa justa, que está en la esencia del derecho de estabilidad laboral. Se cumplía con tal fiscalización en todos los supuestos de cese colectivo, por la emisión de una resolución administrativa expresa que autorizaba o no la solicitud del empleador, salvo en el caso de las necesidades de funcionamiento. Esta causal realmente implicaba un supuesto de inestabilidad laboral o despido libre (*ad nutum*), motivo por el cual resultaba inconstitucional.

### 3. Situación actual.

La Ley No. 26513 ha aportado como principales modificaciones las siguientes: la protección de los dirigentes sindicales frente a su inclusión en la lista del personal a cesar, el sometimiento de la solicitud de cese colectivo a un eventual arbitraje, la aprobación ficta de dicha solicitud y la eliminación de las necesidades de funcionamiento como causal invocable. Analicemos brevemente cada uno de los ítems mencionados.

Cuando el empleador pretenda implementar un cese colectivo e incluya en la lista del personal propuesto para el cese a algún trabajador protegido por el fuero sindical, deberá justificar esta elección ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (TUO Decreto Legislativo No. 728, artículo 82, inciso a).

Esta protección en favor de los dirigentes sindicales nos retorna al tema del régimen de estabilidad laboral a ellos aplicable. En principio, todos los trabajadores con vínculo laboral vigente, antiguos o nuevos, están sujetos a la estabilidad relativa «impropia». Sin embargo, por la protección que supone el fuero sindical y por la exigencia de justificación antes mencionada, parecería que los dirigentes sindicales gozarían de un régimen de estabilidad absoluta. Reiteramos que esta situación de privilegio no obedecería a la consideración individual de los dirigentes sindicales, sino a lo que ellos representan: el ejercicio pleno del derecho de libertad sindical.

En todo caso, consideramos suficiente justificación para la inclusión de dirigentes sindicales en la lista del personal a cesar, la demostración objetiva de que sus puestos de trabajo son innecesarios, excedentes o no prioritarios. Dicha justificación debe formularse desde el inicio de la negociación directa con los trabajadores, en procura de llegar a soluciones alternativas al cese colectivo. Y, si no existe justificación o resulta insuficiente, la Autoridad Administrativa de Trabajo no deberá aprobar el cese de los dirigentes sindicales. Si lo hace, éstos podrán accionar por la vía contencioso-administrativa, reclamando su reposición.

De otro lado, si las partes no acuerdan directamente o en conciliación alguna salida distinta a la reducción de personal, podrán someter la solicitud del empleador a arbitraje (TUO Decreto Legislativo No. 728, artículo 82, inciso f). Esta posibilidad es bastante cuestionable. La Ley General de Arbitraje prohíbe el sometimiento a arbitraje de aquellos asuntos que interesan al orden público (artículo 2, inciso 4). Las normas laborales son esencialmente de orden público o imperativas. Una decisión tan delicada como extinguir contratos de trabajo, sólo puede ser atribuida a la autoridad pública mas no encomendarse a particulares. En esa medida, un laudo que apruebe o desaprove una soli-

cidad de reducción de personal, podría ser cuestionado en cuanto a su validez.

Posteriormente, si las partes no llegan a un acuerdo en trato directo o conciliación ni deciden someter la solicitud a arbitraje, la Autoridad Administrativa de Trabajo está obligada a dictar resolución aprobando o no la solicitud de cese colectivo. Para ello tiene un plazo de quince días útiles, una vez vencido el término para la conciliación. Si transcurre aquél sin pronunciamiento expreso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la solicitud se entiende tácitamente aprobada (TUO Decreto Legislativo No. 728, artículo 82, inciso g). Esto configura la presencia del silencio administrativo positivo.

Sobre el particular, debe recordarse que la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos sólo contempla el silencio administrativo negativo y, en caso de que el solicitante sea el único afectado por su solicitud (D.S. No. 02-94-JUS, artículo 87). Es decir, ante el vencimiento del plazo para resolver sin pronunciamiento expreso de la Administración, se tiene por denegada su solicitud.

En el caso de la reducción de personal, a pesar que los trabajadores no aparecen como solicitantes, los efectos de una resolución aprobatoria ficta les alcanzaría sustancialmente, al punto de habilitar al empleador para resolver sus contratos de trabajo. El silencio administrativo positivo implica la no comprobación de la causa objetiva que justifique una solicitud de cese colectivo, con lo cual ciertamente se enervaría la obligación de una adecuada protección estatal frente al despido arbitrario (Constitución, artículo 27). Más aun, cuando en el caso de una reducción de personal aprobada administrativamente, no existe obligación de pagar indemnización por despido.

Sobre este particular, el personal cesado por caso fortuito o fuerza mayor, o motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, respecto del cual el empleador no le permita ejercitar su derecho de preferencia para la readmisión, ya no podrá demandar judicialmente su reposición, sino sólo el pago de la indemnización por despido (TUO Decreto Legislativo No. 728, artículo 86). Ello en concordancia con el nuevo régimen de estabilidad relativa «impropia».

Ciertamente, todo trabajador cesado por una reducción de personal aprobada expresa o fictamente por la Autoridad Administrativa de Trabajo, podrá cuestionar judicialmente tal pronunciamiento mediante la acción contencioso-administrativa. Esta vía podría culminar en la reposición del personal cesado.

Por último, se han eliminado las necesidades de funcionamiento de la empresa como causa objetiva invocable. De esta manera, se ha atendido a las voces que denunciaban su manifiesta inconstitucionalidad. ☞