

EL DESPIDO ARBITRARIO Y EL DESPIDO NULO*

Víctor Ferro Delgado
Profesor de Derecho Laboral
Pontificia Universidad Católica del Perú

1. ANTECEDENTES

Referirse al despido arbitrario y al despido nulo requiere aludir a algunos conceptos básicos sobre la estabilidad laboral.

Horacio de la Fuente, un ilustre tratadista argentino, señala que el derecho a la estabilidad laboral consiste en una garantía jurídica para la conservación del empleo, pudiendo variar el modo o la forma con que se protege ese derecho y de allí también su eficacia.¹ Así, la estabilidad puede tener diferentes grados de intensidad, como ocurre con el calor o la luz. Su grado puede ser muy intenso y alumbrar como un sol piurano de medio día o limitarse a una débil luz mortecina como los invernales atardeceres limeños. De la misma forma, la estabilidad que consagra el ordenamiento jurídico puede garantizar la continuidad del empleo, con lo cual el despido sin justa causa devendrá en ineficaz, o puede limitarse a desincentivar el despido arbitrario mediante una reparación pecuniaria de mayor o menor monto. Es en contexto que se inscribe el precepto constitucional que prevé el artículo 27 de nuestra Carta Magna al consagrar que "la Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Corresponderá al desarrollo infraconstitucional establecer los márgenes de esa adecuada protección, dentro de los cuales cabe, siguiendo el esquema de Oscar Ermida, desde la estabilidad absoluta que implica que el despido sin justa causa es nulo y su

La Constitución Política del Perú de 1993 declara, en su artículo 27, que "la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". A partir de esta declaración se establecen matices: se garantiza estabilidad laboral absoluta mediante la reposición, para aquellos despidos que importan actos de discriminación y afectación de derechos que el ordenamiento considera dignos de la mayor tutela; mientras que para los demás despidos sin justa causa se reconoce un derecho a la estabilidad relativa impropia, lo cual da lugar a una indemnización tarifada. Dentro de este contexto, el autor analiza las instituciones del despido nulo y el despido arbitrario tal como aparecen reguladas en el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, y en sus normas modificatorias; se incide especialmente en determinar si las normas que regulan dichas instituciones otorgan efectivamente la adecuada protección contra el despido arbitrario que reconoce la Constitución. El doctor Ferro culmina este artículo con una reflexión, señalando que si bien es positiva la flexibilización del esquema ultraprotector que imperaba en nuestras relaciones laborales, resulta injustificable cualquier intento de desmontar las normas básicas del Derecho del Trabajo.

* El presente artículo ha sido elaborado en base a la conferencia dictada por el autor en la Universidad de Piura el 28/09/96 con ocasión de las "Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo". A su vez, se han incorporado las acotaciones derivadas de la modificación del TUO del Decreto Legislativo 728 introducidas por el Decreto Legislativo 855, publicado el 04/10/96.

¹ DE LA FUENTE, Horacio. Principios Jurídicos del Derecho a la Estabilidad. Víctor López de Zavalla Editor. Buenos Aires, 1976, p. 19

consecuencia es la reincorporación real y efectiva al trabajo hasta la estabilidad relativa en sus distintas variantes. Así tenemos la estabilidad relativa propia, que sanciona con nulidad el despido sin justa causa pero que no conlleva la reincorporación real sino ficta, dando lugar al cobro de salarios y demás créditos laborales; o la estabilidad relativa impropia, conforme al cual el despido sin justa causa es eficaz en cuanto extingue definitivamente el vínculo laboral pero determina el pago de una indemnización especial.²

La fórmula abierta que utiliza nuestra Constitución permite, pues, una constante evolución de este derecho.

El Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo 728 desarrolla el precepto constitucional al prever en el artículo 55 que “para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”. A partir de esta declaración se establecen matices: se garantiza la estabilidad laboral absoluta para los despidos particularmente odiosos, esto es, aquellos que afectan gravemente el orden jurídico por cuanto importan actos de discriminación y afectación de derechos que el ordenamiento considera dignos de la mayor cautela; mientras que para el resto de despidos sin justa causa reconoce un derecho a la estabilidad relativa impropia, la cual da lugar a una indemnización tarifada.

El derecho a la estabilidad laboral, en cualquiera de sus manifestaciones, se adquiere una vez superado el período de prueba que, como sabemos, tiene una duración mínima de tres meses pudiendo extenderse a seis en caso de labores que requieran un período de capacitación mayor o en el caso de trabajadores calificados o de confianza, y a un año en el caso de personal de dirección.

En materia de despido, el TUO del Decreto Legislativo 728 distingue entre aquellos relacionados con la capacidad del trabajador y aquellos relacionados con la conducta. Su naturaleza fundamental es que se trata de despidos causados, en cuanto la ley tipifica determinados supuestos como causas justas. No corresponde al objeto del presente trabajo desarrollar lo relativo al despido basado en la capacidad o la conducta del trabajador. Baste señalar que la ley tipifica al despido no basado en causa justa como despido arbitrario o despido nulo. La inten-

sidad de la protección de la estabilidad laboral variará significativamente en uno y otro caso, ya que en el primero sólo corresponderá el pago de una indemnización mientras que en el segundo se concederá al trabajador el derecho de optar entre su reposición o el pago de una indemnización además de las remuneraciones devengadas durante el proceso. Por su parte, el despido basado en justa causa no da derecho al pago de resarcimiento alguno por este motivo.

El recientemente promulgado Decreto Legislativo 855 ha introducido una importante modificación en el régimen de estabilidad laboral al reducir significativamente la indemnización por despido. Encontramos cuestionable dicha modificación, a la vez que creemos necesario hacer un deslinde. Al ser consultados diversos laboristas sobre la conveniencia de la modificación propuesta, la juzgamos inconveniente por considerarla extrema e innecesaria, con el agravante de que el interlocutor social al cual supuestamente favorecería la medida - el sector empleador - tampoco la había planteado. Empero, en las esferas del gobierno habría predominado la idea de que es preferible abaratar los costos implícitos en la contratación de personal - la indemnización por despido es uno de ellos - para favorecer la generación de empleo. Se agrega, a su vez, que recién ahora se habría equiparado el costo del despido en el Perú con el que rige en los países de Latinoamérica, habida cuenta que en nuestro ordenamiento rige la compensación por tiempo de servicios en adición a la indemnización de despido.

Discutible lógica si, en rigor, los denominados sobrecostos laborales están directamente relacionados con impuestos tales como el FONAVI que gravan directamente al empleador con un elevado porcentaje de la remuneración que paga al trabajador.

El tema del impacto de la legislación laboral en el desarrollo económico y la generación de empleo corresponde a una vieja polémica. Por una parte proliferan posturas neoliberales que preconizan la desregulación e incluso la eliminación de gran parte de las normas laborales por considerar que traban la competitividad y el crecimiento, afectando el libre desenvolvimiento del mercado. Otros se orientan a considerar que la normativa laboral constituye un instrumento fundamental para promover tanto la eficiencia productiva como la justicia social. Trasladado este tema a los organismos internacionales, podría plantearse, a riesgo de un excesivo esquematismo, que el postulado planteado en primer térmi-

² ERMIDA URIARTE, Oscar. La Estabilidad del Trabajador en la Empresa ¿Protección real o ficticia? Acalí Editorial. Montevideo, 1983.

no corresponde al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional mientras que la segunda tesis corresponde a la Organización Internacional del Trabajo.

Gerald von Potobsky cita un estudio de A. Marshall sobre legislación relativa a terminación de la relación de trabajo en diversos países de América Latina que señala que "una legislación poco exigente en materia de despido no ha fomentado el crecimiento de la productividad del trabajo, ni en Chile ni en Brasil; tampoco una reglamentación algo más rigurosa impidió el aumento del rendimiento productivo por medio de reducciones del empleo en México y en Argentina, o mediante la introducción de tecnologías destinadas a reducir la mano de obra, como en Colombia". Agrega que en comparación con otros determinantes nacionales e internacionales de los resultados industriales (entre ellos los salarios), la legislación laboral ha desempeñado un papel secundario e incluso insignificante. Concluye así que "el principio que inspira las actuales propuestas políticas en algunos países latinoamericanos -a saber, que basta con flexibilizar los despidos y los contratos de trabajo para mejorar los resultados económicos- se basa en una concepción muy equivocada".

En el ámbito latinoamericano tampoco es tan exacto que resultaba excesivo el nivel de protección contra el despido sin justa causa que preveía la legislación peruana hasta antes de la modificación introducida por el Decreto Legislativo 855.

En el caso de Chile la indemnización es de un mes de remuneración por año de servicios, aumentada en un 20%, con un tope de once remuneraciones mensuales o 300 días de salario.

En Argentina la indemnización está fijada en un mes de remuneración por año de servicios o fracción mayor de tres meses. Existe un tope en la remuneración a ser computada en cuanto ésta no debe exceder del equivalente de tres veces la remuneración promedio del convenio colectivo que corresponda. También existe un mínimo indemnizatorio de dos remuneraciones.

En Uruguay la indemnización es igualmente de una remuneración mensual por año de servicios con un máximo de seis remuneraciones o veinticinco jornales por cada 200 jornadas trabajadas con un tope de 150 jornales. Adicionalmente se reconoce que ante

el despido abusivo, de mala fe o especialmente injustificado corresponde una indemnización por daños y perjuicios.

En Brasil, para aquellos trabajadores que antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1988 hubiesen adquirido derecho a la estabilidad después de diez años de trabajo y no hubieren optado por el Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio, rige el régimen anterior de estabilidad laboral que prohíbe el despido, salvo falta grave o fuerza mayor. Aquellos trabajadores que no hubiesen adquirido derecho a la estabilidad se rigen por el mencionado Fondo, el cual está constituido por el depósito bancario que efectúan los empleadores de un 8% de la remuneración: "la novedad del sistema consistía en el derecho reconocido tanto en favor del empleador como del trabajador de rescindir -sin alegar causa alguna- la relación laboral existente, percibiendo el trabajador las sumas depositadas a su nombre en el Fondo". Adicionalmente se reconoce el derecho a un pre-aviso y una indemnización equivalente al 40% de la totalidad de los montos acumulados en su cuenta, la cual debe ser pagada por el empleador.³

En Colombia el Código Sustantivo del Trabajo establece la indemnización por despido en el equivalente a cuarenticinco días de salario para el trabajador que tuviera un tiempo de servicio no mayor de un año. Sobre este beneficio se adiciona una mayor indemnización en función de la antigüedad del trabajador. Así, si tuviere más de un año de servicios y menos de cinco corresponde el pago de quince días por cada año. Si tuviere cinco o más años de servicios y menos de diez, se le pagarán veinte días de salario por año. Si tuviere diez o más años de servicios corresponde cuarenta días de salario por año.

En Bolivia la indemnización es igual a un mes de remuneración por año de servicios.

A ello se agrega que la legislación peruana ya se encontraba razonablemente flexibilizada con la introducción de una diversidad de supuestos que permitían la contratación temporal; la eliminación de topes al número de trabajadores en período de prueba o en jornada parcial, además de la ampliación de las causas justas de despido y la simplificación del cese colectivo, medidas que fueron introducidas en el Decreto Legislativo 728 en el año 1991. Posteriormente, en 1995, se flexibilizó aún más la estabilidad laboral al reducir a su mínima expresión

³ Las Relaciones Laborales en el Cono Sur Informe RELASUR. Editorial Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid 1995, p. 156-159

los supuestos de despido que permiten la reposición a la vez que redujo de tres a una remuneración mensual la indemnización mínima por despido del personal con antigüedad de un año. Catorce meses después de introducidas estas últimas medidas no percibimos la necesidad de reducir la indemnización por despido a media remuneración mensual.

Por último, no creemos que válidamente pueda sumarse la compensación por tiempo de servicios vigente en el Perú (una remuneración mensual por año de servicios) con la indemnización por despido arbitrario para concluir que la extinción del contrato de trabajo está protegida con sueldo y medio de compensación. Lo que pretende una indemnización por despido es sancionar el acto ilícito consistente en el despido sin justa causa e incluso las prácticas abusivas al interior del centro de trabajo las cuales pudieran verse alentadas si se reduce significativamente el costo de la indemnización. Mas aún una indemnización diminuta provoca la inhibición del trabajador a reclamar por sus derechos habida cuenta que conoce que al empleador no le causará mayor perjuicio económico reaccionar disponiendo su despido arbitrario. De ahí, pues, que creamos que el tema no se limita a una reducción de costos laborales sino que tiene que ver con la vigencia de un régimen de relaciones laborales estructurado en función de reglas básicas de convivencia social.

2. DESPIDO ARBITRARIO

El despido es arbitrario, dice la ley, por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio. Su consecuencia será el pago de una indemnización tarifada cuyo monto ha sido reducido en un 50% con la modificación establecida por el Decreto Legislativo 855: media remuneración mensual por año completo de servicios prestados al empleador además de los dozavos y treintavos que correspondan por la fracciones de año correspondientes. Dicha indemnización está sujeta a un tope de doce remuneraciones, esto es que aquel que tenga una antigüedad mayor a veinticuatro años sólo le corresponderá la indemnización hasta dicho tope.

El régimen importa equiparidad en el tratamiento de quien es despedido y recibe de inmediato la indemnización que prevé la ley, por cuanto su empleador reconoce la arbitrariedad del despido y asume sus consecuencias sin procurar agravar más la situación del trabajador, con la de aquel despido manifiestamente malicioso porque no invoca causa

o simplemente la arguye a sabiendas de su falsedad y difiere el pago de la indemnización para el momento en que sea vencido en juicio. Desde esta perspectiva, existe una suerte de incentivo al despido malicioso en la medida que luego de efectuado el despido arbitrario, puede dejar de pagarse la indemnización porque se conoce que ésta sólo quedará incrementada con los respectivos intereses, al cabo de los dos o tres años que demandará la conclusión del litigio. Así, ese empleador no tendría mayor interés en adelantarse a pagar de primera intención la indemnización que por despido arbitrario dispone la ley porque le resultará más ventajoso especular con el resultado de un proceso cuya conclusión adversa sólo lo gravará con los respectivos intereses.

A modo de comparación, no es ése el esquema que predomina en los países de la Unión Europea. En Francia, por ejemplo, como expone Javillier, ante un despido arbitrario el Tribunal puede proponer la readmisión, la que tiene que ser aceptada por ambas partes.⁴ Si ello no sucede así la indemnización mínima será el equivalente a seis meses de salarios y adicionalmente, el Tribunal podrá reconocer daños y perjuicios si estima que el despido no ha sido serio, tomando en cuenta criterios tales como la pérdida de salarios, o la duración del desempleo o problemas fisiológicos o psicológicos ocasionados. Cabe acotar que esta extensión del derecho opera sólo con empresas de más de diez trabajadores y cuando el trabajador haya alcanzado dos años de servicios.

En España, el despido improcedente determina que el empleador debe optar entre la readmisión del trabajador o una indemnización cifrada en cuarenticinco días de salario por año de servicios con un tope de 42 mensualidades además del íntegro de los salarios devengados durante la tramitación del proceso. Cabe aquí una precisión: son de cargo del empleador los primeros sesenta días del proceso y de cargo del Estado cualquier diferencia que se haya producido. Al decir de Alonso Olea son más comunes los casos que se limitan a ese plazo que aquellos que lo exceden.

Es dentro de estos márgenes en que se ubica la actual legislación correspondiente a los países de la Unión Europea. Comparado con los actuales márgenes de indemnización por despido vigentes en el país, existen manifiestas diferencias que nos releven de mayores comentarios. Indudablemente, la mayor o menor amplitud de la sanción derivada de

⁴ JAVILLIER JEAN-CLAUDE. Derecho del Trabajo. Editorial FARESO. Madrid, 1982, Pag. 305

un despido arbitrario revela la intención de limitar o no esta medida. Ello estará vinculado, finalmente, a la opción ideológica predominante, a las posturas neoliberales o institucionalistas en las esferas del poder y al reconocimiento o indiferencia que merezcan los derechos que corresponden a ambas partes en el contrato de trabajo. Empero, cabe recordar a Otto Kahn-Freund cuando señala que los sindicatos son mucho más eficaces que las leyes en la protección de los derechos laborales.

Sin embargo, más allá de indemnizaciones mayores o menores persiste nuestro reparo: no debe tener igual tratamiento el despido arbitrario que da lugar al pago inmediato de la indemnización respectiva con aquel despido sin causa que espera a ser vencido en juicio para recién pagarla. Este último caso merece una sanción mayor, al igual que el que invoca causa justa que no acredita en juicio. Si pensamos que a trabajadores despedidos arbitrariamente con unos cuantos meses de tiempo de servicios sólo les corresponderá dozavos de media remuneración mensual una vez que concluya el juicio, es evidente que va a ser mayor el costo de seguir el proceso que el beneficio que pueda obtenerse de un fallo favorable, lo cual simplemente desincentiva la acción judicial y favorece la impunidad. Y ello no es otra cosa que afectar gravemente el estado de derecho.

Al discutirse la modificación del TUO del Decreto Legislativo 728 planteamos que para estos casos la indemnización debía incrementarse significativamente. Fijarla con un 100% de recargo o con el íntegro de los salarios devengados durante el proceso sería, en nuestra opinión, un resarcimiento razonable y acorde con lo que legislaciones más desarrolladas han previsto. Por el contrario, se ha optado no sólo por mantener el mismo tratamiento a tales despidos sino reducir la indemnización en un 50%, lo que a nuestro entender crea nuevos desequilibrios en nuestra legislación laboral.

La media remuneración computable para la indemnización por despido arbitrario es la ordinaria mensual. El Reglamento aclara que debe entenderse por remuneración ordinaria mensual a la percibida por el trabajador al momento del despido, precisando que para el cómputo de las remuneraciones variables e imprecisas se tomará en cuenta el criterio establecido por el Decreto Legislativo 650. Sano criterio éste en cuanto busca uniformar los criterios de regularidad para el cómputo de beneficios cuyos montos fluctúan pero que indudablemente tienen carácter remuneratorio y constituyen ingresos ordinarios del trabajador en función de la constancia de su percepción. Análogo tratamiento, aunque si bien

sin referencia expresa al Decreto Legislativo 650, opera respecto de los trabajadores que perciben remuneración principal imprecisa, tales como los comisionistas o destajeros, en cuyo caso la remuneración computable será igual al promedio de los ingresos percibidos en los últimos seis meses, vale decir, el mismo tratamiento aplicable a la determinación de la remuneración computable para la compensación por tiempo de servicios.

Un tema que ha originado algún nivel de polémica es el relativo al número de trabajadores que simultáneamente podría ser despedido arbitrariamente de un centro de trabajo: ¿a cuántos se puede separar? ¿a dos trabajadores en un mes? ¿al 10%? ¿al 40%? ¿podría separarse a la totalidad del personal con tal que se pague la indemnización? Al momento de discutirse el Reglamento del TUO del Decreto Legislativo 728 se previó un esquema conforme al cual no podía separarse por esta vía a más del 10% de los trabajadores de empresas que tengan por lo menos 20 trabajadores. El planteamiento no prosperó y el criterio que prevaleció fue dejar de lado todo límite.

Permítasenos una disgresión: la idea del límite del 10% en referencia fue acogida pero para incluirla en el lugar menos indicado y sin medir los efectos que podía causar. El artículo 82 del Decreto Legislativo 728, tal como ha quedado reformado por el Decreto Legislativo 855, ha fijado a título de requisito que ése debe ser el porcentaje mínimo de trabajadores que debe quedar afectado por un cese colectivo, por debajo del cual no cabe plantear el procedimiento de Terminación de la Relación de Trabajo por Causas Objetivas. Pongamos el ejemplo de una empresa que se encuentra atravesando serias dificultades económicas y que cuenta con 1,000 trabajadores, lo que la obliga a extinguir el contrato de trabajo de 70 trabajadores. Esta empresa no podrá acogerse al procedimiento de referencia, siendo por tanto obligada a tener que pagar la indemnización por despido arbitrario de los setenta trabajadores, no obstante que, precisamente su caso no corresponde a una arbitrariedad del empleador sino a una causa objetiva demostrable, con el agravante que originará un mayor costo a la empresa en dificultades. Ello probablemente la obligará a elevar a 100 el número de trabajadores a ser cesados con el único objeto de satisfacer el curioso requisito porcentual impuesto en la Ley de Fomento del Empleo (cuya reforma se ha inspirado en la idea de eliminar los sobrecostos laborales que limitan la generación de empleo).

En el marco estricto de la Ley de Fomento del Empleo, el despido arbitrario puede afectar a la totalidad de trabajadores de la empresa. Por cierto, no nos parece razonable ese esquema y no descarta-

mos alguna construcción jurisprudencial que invocando el precepto constitucional de la adecuada protección contra el despido arbitrario descalifique tales despidos, pero ello nos introduciría en un marco de inseguridad jurídica que causa más perjuicios que beneficios. Aspiramos, por el contrario, a un sistema de relaciones laborales estructurado en función de normas que mantengan sano equilibrio entre los derechos que corresponden a empleadores y trabajadores y conforme a ello cabría evaluar la conveniencia de fijar límites al número de trabajadores que pueden ser cesados en forma arbitraria.

Cabe una breve referencia al despido arbitrario de aquellos que han celebrado un contrato de trabajo sujeto a modalidad. En este caso, el Decreto Legislativo 728 reformado por el Decreto Legislativo 855 establece que, vencido el período de prueba, corresponderá una indemnización igual a media remuneración ordinaria mensual dejada de percibir hasta el vencimiento del contrato con el mismo tope de las doce remuneraciones mensuales antes referida. Si bien esta indemnización ha sido también reducida con la reforma, continúa siendo más ventajosa que la que opera para el trabajador de plazo indeterminado en función que asegura al trabajador el pago del 50% de todo aquello que le hubiera correspondido percibir en virtud del contrato celebrado. Pero, paralelamente, su eficacia real resulta limitada: si se puede despedir arbitrariamente sin tope alguno al personal, al empleador le resultará un riesgo mayor contratar trabajadores a plazo fijo, en particular, por períodos mas o menos prolongados, que contratarlos a plazo indefinido por cuanto en este caso la indemnización resultará ostensiblemente menos significativa. A modo de ejemplo, dos trabajadores que gozaban de una misma remuneración de S/. 1000 mensuales, que fueron contratados el mismo día (1.05.96) uno por un período de un año y otro a plazo indefinido y que fueron ambos separados dos días después de vencido el período de prueba de tres meses (2.08.96) tendrán una indemnización radicalmente distinta. En el primer caso se recibirá el pago de cuatro meses y catorce días de remuneración como indemnización por el despido (S/. 4,466.66) mientras que a aquel contratado a plazo indefinido sólo le corresponderá tres dozavos y dos treintavos de media remuneración mensual (S/. 127.76).

3. DESPIDO NULO

En el TUO del Decreto Legislativo 728 el despido nulo no está referido a vicios de forma que pudieran teñir de nulidad la medida de separación. Por el

contrario, está concebido para salvaguardar el derecho a la estabilidad laboral absoluta cuando se incurra en despidos que afectan gravemente el ordenamiento jurídico, o como señala Alonso Olea, supuestos que implican desconocimiento o violación de derechos de la persona humana que se reputan intangibles.⁵

Los supuestos que precisa el dispositivo pueden ser clasificados en cuatro distintos órdenes:

i) Protección a la libertad sindical

La ley contempla que es nulo el despido cuando éste se encuentre motivado en la afiliación a un Sindicato o la participación en actividades sindicales; o, ser candidato a representante de los trabajadores, o haber actuado en esa calidad.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Perú ha asumido compromisos en distintos instrumentos internacionales que consagran el derecho a la libertad sindical. Así, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre prevé que toda persona tiene derecho a crear, junto con otros, sindicatos, o afiliarse a sindicatos para la defensa de sus intereses. Análoga disposición contiene el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical al establecer que los Estados deben garantizar a los trabajadores el libre ejercicio del derecho de sindicación, al igual que el Convenio 98 sobre derecho de sindicación y negociación colectiva cuando dispone que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en la relación con su empleo. Más aún, mediante Resolución Legislativa 26448 del 14 de junio de 1995, el Perú ha ratificado el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Entre estos derechos, conceptuados como fundamentales para el debido respeto a la dignidad humana, se incluye el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses estableciendo que su ejercicio sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstas sean propias de una sociedad democrática.

En este mismo orden de ideas el artículo 28 de nuestra Constitución reconoce el derecho de sindicación garantizando la libertad sindical.

⁵ ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1981, Pág. 455

Conforme a esta perspectiva resultaría una violación a derechos humanos fundamentales que el despido del trabajador se haya basado en su afiliación o actividad sindical o en su actuación como representante de los trabajadores y de ahí, pues, que este supuesto sea repudiado por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la eficacia de la protección de este derecho puede quedar neutralizada si es que la regulación infralegal limita seriamente la extensión de la protección. Creemos que algo de ello ha sucedido con la norma reglamentaria del TUO del Decreto Legislativo 728 cuando limita la protección a un corto período: sólo cabe invocar la nulidad del despido de los candidatos a representante de los trabajadores, si es que la separación se produce dentro de los treinta días anteriores o posteriores a la realización del respectivo proceso electoral, mientras que respecto de los representantes de los trabajadores la garantía de la nulidad del despido se extiende únicamente hasta noventa días después de haber cesado en el cargo.

Más aún, en ambos casos la protección sólo alcanza respecto de quienes gozan de la protección del fuero sindical. Respecto de esto último recordemos que conforme a la norma reglamentaria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo el fuero sindical protege hasta tres dirigentes cuando la organización sindical representa menos de cincuenta trabajadores previéndose uno más hasta un máximo de doce por cada cincuenta trabajadores adicionales. Como es claro, en el Perú la inmensa mayoría de empresas que cuentan con sindicato tienen menos de cincuenta trabajadores por lo que la protección propia del despido nulo a quienes gozan de fuero sindical es de alcance particularmente limitado.

En el derecho comparado la protección tiende a ser significativamente más amplia. Así, en la legislación española quienes ejercen funciones representativas no pueden ser despedidos mientras dure su mandato, ni al año siguiente de concluido éste. Análoga disposición opera en la legislación argentina en que igualmente la protección se extiende a un año, si bien en este último ordenamiento la sanción ante el despido consistirá en el pago de la suma equivalente a los salarios correspondientes al período de protección, los que se acumulan a los que correspondan como indemnización por despido incausado. De la misma forma en Brasil la protección se extiende a un año después del término del mandato.⁶

ii) Protección ante reclamos contra el empleador

La ley precisa como supuesto de despido nulo que éste haya tenido por motivo haber presentado una queja o participado en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. Excluye el caso que el proceso incoado por el trabajador sea aquel que importa la comisión de una falta grave que constituya grave indisciplina o injuria en perjuicio del empleador, como por ejemplo una denuncia injuriosa o de mala fe.

La norma reglamentaria ha efectuado precisiones adicionales que, nuevamente, tienden a limitar la aplicación de la causal. Así por ejemplo se señala que la queja o reclamo debe haber sido interpuesto ante las autoridades judiciales o administrativas competentes, y agrega a título de conjunción, que debe acreditarse que la separación está precedida de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores. De esta forma, si bien la ley señaló que el despido motivado en la presentación de una queja constituía el supuesto para la protección propia del despido nulo, el reglamento asimila la queja a aquella que es de carácter judicial o administrativa, con lo cual, la queja directa ante el empleador queda fuera del ámbito de protección de la norma. Así el trabajador que se limita a reclamar directamente ante su empleador por un supuesto incumplimiento y recibe como toda respuesta un despido arbitrario quedará excluido de la protección. Si a ello se agrega que no basta que se haya presentado formalmente el reclamo ante la autoridad competente sino que adicionalmente debe acreditarse la actitud maliciosa del empleador de neutralizar los reclamos de su personal, se ha limitado seriamente la posibilidad de invocar válidamente la nulidad del despido por esta causal, lo que entendemos podría calificarse como un exceso de la norma reglamentaria.

Obviamente, el reglamento ha buscado evitar que se pretenda obtener la protección del despido nulo mediante la interposición de reclamos maliciosos o infundados de manera que, de materializarse el despido, el trabajador pueda invocar que éste es una consecuencia del reclamo planteado. Sin embargo, si bien la preocupación del legislador pudiera ser legítima, la conjunción de los dos requisitos (reclamo formal y acreditación de conducta previa de arbitrariedad por el empleador) nos parece excesiva.

⁶ CASTELLS, María. Terminación de la Relación de Trabajo, Seguridad del Empleo. Indemnizaciones en el Derecho Laboral del Mercosur. Fundación de Cultura Universitaria. 1994, Pág. 112-134

En rigor, entendemos que bastaría con acreditar que el despido está motivado en una represalia por el reclamo planteado por el trabajador, sea éste mediante un procedimiento formal ante la autoridad competente o a través de una queja directa ante el patrono, o que el supuesto corresponda a conductas previas de arbitrariedad del empleador. Corresponderá a la apreciación judicial en el caso concreto determinar si la real motivación del despido corresponde a alguno de estos supuestos o su invocación por el trabajador ha sido maliciosa con el solo propósito de obtener la protección del despido nulo. Si bien ello abre un margen de riesgo a interpretaciones jurisprudenciales que pudieran resultar inexactas, encontramos preferible asumir esta contingencia y no incluir requisitos exagerados que podrían, simplemente, favorecer el amedrentamiento vía el despido ante reclamos justificados o lo que es igual, la inhibición del reclamo por el temor a la separación, lo que, nuevamente, desbroza el camino que conduce a facilitar la impunidad.

iii) Protección contra la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma

La no discriminación y la igualdad ante la ley constituyen, igualmente, derechos fundamentales de la persona que han sido consagrados en los instrumentos internacionales de mayor significación universal, de los cuales el Perú es signatario y que a su vez se encuentran expresamente reconocidos en el artículo 2 de la Constitución. Este precepto establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, garantizando que nadie debe ser discriminado por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión, proscribiendo igualmente (y más allá de lo previsto en el TUO del Decreto Legislativo 728) la discriminación por razón de origen, la condición económica o de cualquiera otra índole, supuestos que el TUO del 728 no incluye. Dicho en otros términos, entre la norma laboral y la constitucional existen diferencias en cuanto la primera no incluye conceptos que sí prevé la Carta Magna. Cabe así reflexionar sobre si la menor amplitud de la norma laboral cuenta con un sustento que permite el distingo respecto del precepto constitucional supuestamente porque se trata de derechos cuya protección no guardan identidad en el ámbito genérico aplicable a toda persona y en el específico limitado a la órbita de los derechos del trabajador ¿Sería nulo el despido de trabajadores cuya motivación sea la de ser extranjeros, o no tener vínculo de parentesco con el propietario, o haberse sistemáticamente resistido a laborar sobretiempos si se acredita que aquellos que se avinieron a éstos no fueron separados? ¿No son estos casos supuestos de discriminación que la Constitución tipificaría como “de origen” o “de cualquier otra índole” mientras

que en el ámbito estrecho de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma, que prevé el TUO del 728, estos casos no quedarían encuadrados?

Estimamos que si los derechos a la no discriminación e igualdad ante la ley tienen la calidad de derechos fundamentales de la persona, y por ende gozan del mayor nivel de protección jurídica que el ordenamiento reconoce, la norma laboral no puede introducir limitaciones a los trabajadores respecto de las garantías que son comunes a todas las personas. En tal sentido, nos inclinamos por la prevalencia del mandato constitucional de manera que cualquier supuesto de separación cuya motivación corresponda a actos de discriminación goza de la protección propia del despido nulo, incluso en los supuestos que el TUO del Decreto Legislativo 728 no ha previsto, como la discriminación por razón de origen o discriminación de cualquier otra índole.

Inversamente a lo acontecido en los otros casos de nulidad de despido ya analizados, el reglamento del TUO del Decreto Legislativo 728 esta vez sí contiene una declaración comprehensiva que resulta más próxima a la amplitud del precepto constitucional cuando establece que existe discriminación en los casos en que medie “una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores”. Repárese que todos los supuestos antes enunciados cuya tipificación no resultaba clara de la norma legal, quedan inmersos en el dispositivo reglamentario que, como ya hemos indicado, guarda consonancia con la declaración constitucional en tanto que sanciona todo acto de discriminación.

iv) Protección a la maternidad

Corresponde también al ámbito de la protección del despido nulo, aquél que esté motivado en el embarazo, si la separación se produce dentro de los noventa días anteriores o posteriores al parto.

Creemos, sin embargo, que lo estrecho del plazo no llega a constituir una real protección. Es claro que el objeto de la norma es proteger a la madre trabajadora, cuyo estado de gestación es de conocimiento del empleador no sólo noventa días antes del parto. El despido podría producirse tan pronto como el principal toma conocimiento de este hecho, es decir en los primeros meses del embarazo, con lo que la pretendida protección quedaría simplemente enervada. En rigor, estimamos que la protección debería extenderse a todo el periodo en que la trabajadora se encuentre en estado de gestación, desde el momento en que el empleador tomó cono-

cimiento de este hecho y postergarse por un período prudencial luego del alumbramiento, que estimamos no debería ser inferior a seis meses.

Nuestra legislación omite la protección que correspondería a la trabajadora que adopta un niño, ya que limita la protección al hecho físico del parto. De una parte, está el tema de que la trabajadora que adopta a un recién nacido debe gozar igualmente del derecho al descanso post-natal, ya que el objeto de este beneficio no pretende, simplemente, que se produzca la recuperación física de la madre que ha dado a luz sino también a que pueda prodigar cuidados al infante, exigencia que resulta idéntica respecto del hijo biológico y el recién nacido adoptado. Por análogas consideraciones, reconocido este derecho, también debería extenderse a la madre adoptante la protección derivada del despido nulo, que hemos estimado razonable por los primeros seis meses de vida del infante.

3.1 Derechos del trabajador ante el despido nulo

Producido el despido sin justa causa el trabajador podrá demandar la nulidad del despido debiendo invocar cuál de los supuestos previstos en la ley ha dado lugar a su separación y acreditarlo. De obtener un fallo favorable el despido será declarado nulo y por ende considerado el período dejado de laborar como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por mandato legal o convencional pudieran haberle correspondido, excepto en lo relativo al récord vacacional. En relación a esto último, se pagará por dozavos el récord trunco o se acumulará al período que se labore con posterioridad a la reposición. Sin embargo, en ejecución de sentencia, el trabajador podrá optar por el pago de la indemnización quedando así extinguido el vínculo laboral. Ello determinará igualmente el pago de las remuneraciones devengadas durante el proceso y además la indemnización propia del despido arbitrario.

Inversamente, si la acción de nulidad del despido tuviera un resultado adverso al trabajador éste ya no podrá accionar por el pago de la indemnización propia del despido arbitrario. Esta consecuencia podría, de primera intención, parecer excesiva, habida cuenta que el trabajador puede no haber acreditado los supuestos de nulidad del despido y sin embargo, el empleador tampoco haber demostrado la justa causa de la separación, o lo que es lo mismo, que su despido no fue arbitrario. Empero, ello obedece a una razón práctica: si la acción de nuli-

dad de despido declarada infundada no conlleva consecuencias adversas al accionante, éste preferirá siempre intentar esta acción por cuanto un resultado favorable le permitiría tanto la reposición en las labores como el pago de las remuneraciones dejadas de percibir. Así, de obtener en ésta un resultado desfavorable, pasaría a intentar la acción indemnizatoria, por despido arbitrario, que pudiera ser la que realmente correspondería desde un inicio frente al despido. Se ha buscado, pues, desalentar acciones cuyo propósito pudiera ser meramente especulativo.

Hemos indicado que el trabajador debe acreditar que su separación corresponde a uno de los supuestos del despido nulo. Ello parte del supuesto procesal conforme al cual quien afirma un hecho debe probarlo, con lo cual la carga de la prueba se traslada al trabajador. Sin embargo, cabe acotar que el tratamiento que nuestro ordenamiento confiere al despido ordinario consiste en que corresponde al empleador acreditar la justa causa invocada. En este supuesto, corresponderá al patrono demostrar que la separación se ha producido por la falta grave invocada en la carta de despido con lo que la carga de la prueba se traslada al empleador. Cabe destacar que en lo relativo a la carga de la prueba el ordenamiento español traslada al empleador la demostración de la procedencia de la razonabilidad de la separación incluso en los supuestos propios del despido discriminatorio, o radicalmente nulo en la terminología usada por el Estatuto de los Trabajadores. Conforme señala Montoya Melgar "para liberar al trabajador de la difícil prueba de la discriminación, la doctrina del Tribunal Constitucional desvía la carga de la prueba, de tal modo que será el empresario quien deba demostrar que el despido obedeció a indicios razonables, aunque, al menos, el trabajador ha de probar la existencia de indicios racionales de discriminación".⁷ Estimamos más equilibrado este esquema porque, en rigor, la separación de aquellos protegidos por el régimen del despido nulo debería ser siempre causada, de manera que la carga de la prueba sobre la justa causa invocada recaiga en el empleador, bastando con que el trabajador aporte elementos que busquen demostrar que la causa invocada no es la que ha motivado el despido sino la discriminación de que ha sido objeto. Empero, en el TUO del Decreto Legislativo 728 no está descartada expresamente la posibilidad del despido incausado de un trabajador amparado por el régimen del despido nulo, por ejemplo, de un dirigente sindical, debiendo en tal supuesto el afectado demostrar que el despido es discriminatorio,

⁷ MONTROYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. Pág. 460

asumiendo la carga de la prueba. Creemos, sin embargo, que un mínimo de razonabilidad en la apreciación jurisprudencial debería determinar que si no se invoca causa en la separación de un trabajador protegido por el régimen del despido nulo debe presumirse que la separación ha sido discriminatoria sin que el trabajador deba aportar mayores pruebas distintas a encontrarse en uno de los supuestos de hecho de protección del despido nulo.

Queremos concluir con una reflexión. La reforma laboral trabajosamente emprendida en 1991 tuvo

por objeto flexibilizar nuestra legislación de manera de privarla de su esquema ultraprotector. Empero, nunca se planteó el propósito de llevar a cabo un desmontaje de normas básicas en el Derecho del Trabajo. Creemos, pues, que dicha reforma no debería ser desvirtuada con disposiciones extremas de carácter pendular que impliquen desprotección o avasallamiento de derechos laborales reconocidos por los ordenamientos civilizados. De ahí que aspiremos a un ordenamiento equilibrado, base de consensos sociales que aspiren a perdurar en el tiempo.

Quinta **N**otaría
uilla

 **348-3111**

RAMIRO QUINTANILLA SALINAS
NOTARIO DE LIMA

TELEFAX: 348-2729