

# Consecuencias Jurídicas Derivadas de la Infracción a la Estabilidad Laboral de Salida por Parte del Empleador<sup>1</sup>

César Alfredo Puntriano Rosas\*

## Resumen:

Luego de un breve repaso conceptual de los alcances del derecho a la estabilidad laboral, su relación con otros derechos (derecho al trabajo, derecho de acceso al empleo, derecho a conservar el empleo) y su regulación constitucional, internacional y legal, así como la posición de la jurisprudencia, el autor pasa a comentar el complejo panorama que se presenta al empleador ante una decisión de despido tanto desde la óptica legal (indemnización, reposición) como jurisprudencial (indemnización por daños, reposición) añadiéndose un acápite denominado "otros" para las relatar las consecuencias administrativas que surgen de la indicada medida tanto desde la óptica laboral (SUNAFIL) como tributaria (SUNAT).

## Palabras clave:

Estabilidad Laboral – Derecho al Trabajo – Despido Arbitrario – Reposición – Indemnización por Daños – Período de Prueba – Cese

## Abstract:

After a conceptual overview of the scope of the right to job stability, its relationship with other rights (right to work, right to access to employment, right to maintain employment) and its constitutional, international and legal regulation and the position of jurisprudence, the author goes on to discuss the complex picture presented to the employer before a decision to dismiss both from a legal perspective (compensation, replacement) and case law (damages, replacement) adding a paragraph called "others" the recount administrative consequences arising from said measure both labor (SUNAFIL) and tax (SUNAT) viewpoint.

## Keywords:

Labor Stability – Right to Employment – Arbitrary Dismissal – Reinstatement at Work – Compensation for Damages – Probationary period – Termination

## Sumario:

1. Introducción – 2. Nociones sobre estabilidad laboral, marco normativo de protección – 3. Consecuencias de la infracción de la estabilidad de salida: navegando entre la nebulosa – 4. Conclusiones

<sup>1</sup> Para propósitos del presente artículo el término comprende a las empresas privadas.

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en dicha Casa de Estudios. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Docente en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en ESAN. Socio del área laboral de PriceWaterhouseCoopers (PwC).

## 1. Introducción

De acuerdo a la información contenida en el Reporte Global de Competitividad del World Economic Forum 2015-2016 nuestro país ha caído al puesto 69 (del 65) en el índice de competitividad respecto a 140 países. Uno de los pilares que soporta dicha medición es el denominado “eficiencia del mercado laboral”, dentro del cual se evalúan las prácticas de contratación y despido, ubicándonos en el puesto 113 en este aspecto. Si aterrizamos este indicador y su resultado en nuestra realidad veremos que la mala práctica (por lo menos en términos de competitividad) en materia de despido no es gratuita, pues no en todos los casos obedece a un desconocimiento o deficiente asesoría legal que recibe el empresario. En nuestra opinión, el marco jurídico que se aplica a la decisión de despido influye enormemente y, como sabemos, en nuestro país no existe predictibilidad ni mucho menos flexibilidad.

El propósito del presente artículo es plantear algunas reflexiones a partir de una contundente afirmación: las consecuencias legales que acarrea un despido para el empleador no son predecibles en nuestro sistema.

En efecto, como se desarrollará a continuación, existe una multiplicidad de situaciones legales que puede ocasionar un despido y que no se derivan de una regla jurídica clara sino de la opinión de la judicatura. Lamentablemente algunos jueces no se ponen en el lugar del empleador al momento de resolver y emiten pronunciamientos alejados de la realidad que justamente incentivan la contratación precaria (no laboral, laboral con menos derechos o temporal no causal).

Para abordar el tema indicado empezaremos planteando algunas nociones jurídicas sobre el derecho a la estabilidad laboral para luego repasar cuáles son las consecuencias jurídicas de su infracción, al menos conocidas hasta hoy, para luego reflexionar sobre las mismas.

## 2. Nociones sobre estabilidad laboral, marco normativo de protección

Para entender qué supone el derecho a la estabilidad laboral, conviene referirnos brevemente en primer lugar al derecho al trabajo, pues posee una íntima relación con aquél.

### Derecho al trabajo

El derecho al trabajo es, ante todo, un derecho humano derivado de la dignidad de la persona y

reconocido como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>2</sup>, cuyo artículo 23 inciso 1 señala que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>3</sup> recoge a este derecho humano bajo la categoría de derecho económico, social y cultural, estableciendo que comprende “(...) el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado (...)”, contemplando la obligación de los Estados Partes de tomar las medidas adecuadas para garantizarlo (artículo 6º). El artículo 7º dispone que los Estados Partes deben reconocer el derecho de toda persona a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren una remuneración equitativa que proporcione condiciones de vida dignas para el trabajador y su familia, seguridad e higiene en el trabajo, el descanso, entre otras.

Por su parte el artículo 6º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”<sup>4</sup>, adoptado el año 1988, dispone que “toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”. Este Tratado contiene el compromiso de los Estados Partes, como el Perú, de adoptar medidas que garanticen la plena efectividad de este derecho en especial el pleno empleo, orientación vocacional, desarrollo de proyectos de capacitación, así como la ejecución de programas que permitan que la mujer ejerza el derecho al trabajo.

Esta conceptualización del derecho al trabajo como derecho económico, social y cultural (DESC) no supone su degradación o consideración como un derecho de segunda categoría frente a los derechos civiles y políticos. Como lo afirma Nogueira, “los derechos económicos, sociales y culturales conforman junto con los derechos individuales y políticos los soportes básicos del sistema de derechos fundamentales, como asimismo, todos ellos constituyen derivaciones de la dignidad intrínseca de la persona humana y se fundamentan en ellos”<sup>5</sup>.

Debemos comentar que un sector de la doctrina considera que los DESC son relativos pues poseen naturaleza prestacional y por ende dependen

2 Ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282 del 09 de diciembre de 1959.

3 Ratificado por el Perú por Decreto Ley N° 22129 de 28 de marzo de 1978.

4 Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448 de 28 de abril de 1995.

5 NOGUEIRA ALCALA, Humberto. “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”. En: Estudios Constitucionales, Año 7, No. 2, 2009. p.151.

de la existencia de recursos económicos por parte del Estado para su realización, por ello suelen presentarse como derechos de carácter programático o como una aspiración colectiva cuya efectividad se sujetará a la situación económica de un Estado determinado. Discrepamos con esta posición toda vez que el enfoque prestacional no es privativo de los DESC en tanto la eficacia de algunos derechos civiles y políticos no se agota en la abstención del Estado sino también en la realización de acciones positivas. Ello puede advertirse en el caso del derecho a la vida (artículo 6º), el derecho a la seguridad personal (artículo 9º), a la libertad de tránsito (artículo 12º), libertad sindical (artículo 22º), entre otros recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del cual el Perú es parte<sup>6</sup>. Sobre el derecho a la vida, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha señalado que “(...) el derecho a la vida inherente a la persona no puede ser entendida de una manera restrictiva, y la protección de ese derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas. En relación a ello, el Comité considera que sería deseable que los Estados Parte adopten todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente procurando eliminar la desnutrición y las epidemias”<sup>7</sup>. Este razonamiento puede extrapolarse a la seguridad personal pues se requiere un adecuado control del orden interno por parte del Estado a través de la Policía Nacional del Perú, a la libertad de tránsito en tanto su ejercicio requiere una adecuada infraestructura vial a cargo del Estado, y en lo que a libertad sindical se refiere, nuestra Constitución recoge la obligación estatal de garantizarla (artículo 28º).

En segundo lugar, la equivocada concepción de los DESC como meras aspiraciones pareciera omitir la íntima relación entre éstos y los derechos civiles y políticos al punto de ser considerados como derechos interdependientes en tanto se fundan en la dignidad de hombre. Esta situación ha llevado a que los instrumentos internacionales recojan la obligación de los Estados de respetar, proteger y cumplir o realizar los DESC. La obligación de respeto supone su no afectación con acciones del

Estado<sup>8</sup>, la protección implica evitar que terceros los afecten a través de acciones u omisiones<sup>9</sup>, la promoción ocurre cuando el Estado realiza las acciones positivas para la remoción de obstáculos sociales, económicos, culturales y políticos que impiden su goce efectivo, mientras que la obligación de garantía o satisfacción consiste en asegurar el derecho a las prestaciones mínimas exigidas por la dignidad del hombre<sup>10 11</sup>.

Así, el artículo 2º del PIDESC establece que *“(...) cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (...)”*. (Énfasis nuestro).

Esta disposición ha sido también recogida en el ámbito regional americano por el Protocolo de San Salvador cuyo artículo 1º contempla la obligación de los Estados Parte de *“(...) adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo. (...)”* (Énfasis nuestro).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, a partir del artículo 2º del PIDESC, afirma que los Estados Partes poseen obligaciones de conducta y de resultado, consistiendo las primeras en un determinado comportamiento que debe realizar el Estado y todas sus autoridades o abstenerse de realizarlas. Por ejemplo, las autoridades estatales no pueden impedir el acceso al empleo de un postulante que hubiese ganado un concurso público para ocupar una determinada plaza en una entidad estatal. La obligación de resultado se refiere al cumplimiento de objetivos, como el establecimiento de remuneraciones

6 Ratificado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978.

7 Observación General No. 6, reporte del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Tomado de: ABRAMOVICH Víctor y COURTIS Christian. “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” p.18. En: [www.observatoriodesc.org](http://www.observatoriodesc.org). Texto originalmente publicado en: AA.VV. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires. Editora del Puerto. 1997.

8 Nos referimos por ejemplo a la irreversibilidad de los derechos sociales pues de acuerdo al principio de progresividad determinado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 7 de junio de 2005, “se entiende como tal el avance paulatino en el establecimiento de condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social y cultural”. Este principio también fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cinco Pensionistas contra el Perú.

9 Como el impedimento al ejercicio legal del derecho de huelga por parte del empleador a través de amenazas a los huelguistas o la coacción para que los trabajadores se desafíen de la organización sindical.

10 Como el acceso a la remuneración mínima vital.

11 NOGUEIRA ALCALA, op. cit. p.161-162.

justas, efectivizar el cumplimiento de obligaciones derivadas de los convenios colectivos, etc.<sup>12</sup>.

Estos deberes que poseen los Estados permiten considerar que los DESC no son meras normas programáticas o aspiraciones de las personas sino auténticos derechos exigibles al Estado y, qué duda cabe a los ciudadanos<sup>13</sup>. En el primer caso podrá requerirse una acción prestacional, no privativa de los DESC como se vio anteriormente, pero la misma debe interpretarse a la luz de las obligaciones de respeto, cumplimiento y realización antes enunciados así como de conducta y resultado.

### **Derecho de acceso al empleo (contenido público y privado del derecho al trabajo)**

Desde el sujeto pasivo frente al que se puede ejercer o se encuentra obligado a satisfacer al derecho al trabajo, la doctrina sostiene que el mismo contiene dos aspectos, uno público y otro privado<sup>14</sup>. El primero de ellos se refiere al deber de los poderes públicos de generar una política de fomento de pleno empleo, mientras que el privado apunta al derecho concreto del trabajador a la ocupación de un puesto de trabajo hasta que exista una causa justa que ocasione la pérdida de su empleo. Para la configuración del contenido público se requiere que el Estado lleve a cabo una serie de políticas económicas y sociales tendientes a la generación de empleo<sup>15</sup>.

Sobre el primer contenido (público), nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, proceso de amparo seguido por el Sindicato único de Trabajadores de Telefónica del Perú y FETRATEL, al señalar que 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 (...)". Discrepamos con esta tibia aproximación del TC pues no basta la adopción de una política, ya que, en aplicación de los instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, nuestro país debe adoptar las medidas tendientes a la efectiva realización del contenido público del derecho al trabajo empleando el máximo de los recursos que disponga para ello.

En España, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia No. 22/81 ha señalado que "(...) en

*su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por parte de la población lleva consigo su negación a otra parte de la misma*".

En forma complementaria a los argumentos vertidos para rechazar la consideración del derecho al trabajo como una norma programática, podemos citar a Gorelli quien considera que asimilar la condición de derecho "programático" al contenido o manifestación pública del derecho al trabajo supondría equipararlo a una política de empleo sin considerar su condición de derecho fundamental. Esta postura es objetable en tanto implícitamente recoge la concepción de que el pleno empleo es el único contenido del derecho al trabajo pese a que el pleno empleo es solamente uno de los contenidos del mismo pero no el único, como se ha visto<sup>16</sup>.

En cuanto al contenido privado o modalidad específica del acceso al empleo, el Tribunal Constitucional Peruano, en la sentencia recaída en el expediente N° 576-2001-AA/TC, proceso de amparo seguido por Hidalgo Vicente Montenegro contra la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, declaró fundada la demanda, ordenando que se deje sin efecto una Resolución Rectoral que impidió al demandante ocupar una plaza pese a haber obtenido el más alto puntaje en un concurso de méritos.

### **Derecho a conservar el empleo**

Según Neves<sup>17</sup>, esta acepción del derecho al trabajo coincide parcialmente con la protección contra el despido arbitrario, reconocida por la doctrina como parte del derecho a la estabilidad laboral. La coincidencia es parcial, pues la estabilidad laboral comprende a la estabilidad de entrada o preferencia por la contratación a plazo indefinido, y a la estabilidad de salida, o protección contra el despido arbitrario. Ermida afirma en el mismo sentido que la estabilidad constituye un corolario del derecho al trabajo. Añade este autor citando al profesor Barbagelata que, "(...) si existe un derecho a trabajar, éste implica para la sociedad no sólo el derecho de procurarle un trabajo al desocupado, sino también el de garantizarle el mantenimiento de su trabajo al que ya lo posee (...)"<sup>18</sup>.

12 Ídem. p. 154.

13 Ello en razón a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, dentro de los cuales sin duda se encuentran los DESC.

14 NUÑEZ SAMPER A. "De la libertad de despido a la propiedad del empleo". Cuadernos de Política Social, núm. 10 de 1952, p.56, citado por: GORELLI HERNANDEZ, Juan. El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria. Madrid. Editorial Civitas. 1995, p. 35.

15 Al respecto véase: NEVES MUJICA, Javier. "Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo". En: Revista Derecho y Sociedad. N° 17, Lima. 2001. pp.24 y ss.

16 Cf. GORELLI HERNANDEZ, Juan. "El cumplimiento específico...". op. cit. p. 43-44.

17 NEVES, op.cit. p. 25

18 BARBAGELATA, Héctor Hugo, "Derecho del Trabajo", Montevideo, 1978, t.I, p. 331. Citado por: ERMIDA URIARTE, Oscar. "La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia?. Monografías jurídicas No. 4. Montevideo. Editorial Acali. 1983. p.24.

## **El derecho a la estabilidad laboral**

La conceptualización del derecho a la estabilidad laboral o estabilidad en el empleo exige referirnos al principio de continuidad laboral. El profesor Américo Plá afirma que: “para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera sino que presupone una vinculación que se prolonga”<sup>19</sup>.

Así, la naturaleza de este principio fundamental del Derecho del Trabajo considera al contrato de trabajo como uno de duración indeterminada, resistente a las vicisitudes que pudieran devenir en el desenvolvimiento de la relación laboral, en palabras de De los Heros<sup>20</sup>, *se trata de otorgar la mayor seguridad, dentro de la racionalidad de la relación jurídica laboral, al trabajo humano, entendiéndose que tal seguridad redundará en beneficio no sólo del trabajador y su desarrollo personal y familiar, sino también en beneficio del empleador para quien trabaja, todo lo cual tiene una proyección indudable en términos económicos y de promoción social (...)*.

Plá sostiene que *“todo lo que tienda hacia la conservación de las fuentes de trabajo, al darle seguridad al trabajador, no sólo constituye un beneficio para él, en cuanto le transmite una sensación de tranquilidad, sino que redundará en beneficio de la propia empresa y, a través de ella de la sociedad, en la medida que contribuye a aumentar el rendimiento y a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes (...)*”<sup>21</sup>.

Ermida proporciona una definición de estabilidad laboral que conviene citar, considerándola como *“la garantía de permanencia en el empleo asegurada a ciertas especies de empleados, consistente en la imposibilidad jurídica de ser despedido, salvo la existencia de causa justa expresamente prevista”*<sup>22</sup>.

En otras palabras, la estabilidad laboral supondrá la resistencia a la resolución del contrato de trabajo salvo que exista causa justa, la cual deberá encontrarse tipificada en la normativa

correspondiente. En esa medida, y en aplicación de la libertad de empresa, reconocida también en nuestra Constitución, (artículo 59º), el empleador podrá despedir al trabajador de presentarse una causa justificada. (Artículo 22º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, en adelante “LPCL”)<sup>23</sup>.

Para resumir el significado de este principio, es interesante una cita del profesor Alonso Olea, que el propio Plá toma como ejemplificadora del mismo: **“El contrato de trabajo es, por así decirlo, un negocio jurídico de extrema vitalidad, de una gran dureza y resistencia en su duración”**<sup>24</sup>.

Al principio de continuidad se le atribuyen una serie de proyecciones como lo indica el maestro Plá<sup>25</sup>, las cuales enumeramos seguidamente:

- (i) Preferencia por los contratos de duración indefinida.
- (ii) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato.
- (iii) Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido.
- (iv) Resistencia a admitir la rescisión unilateral el contrato, por voluntad patronal.
- (v) Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones.
- (vi) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador.

Advertimos, en lo que al derecho a la estabilidad laboral se refiere, que el principio de continuidad supone la preferencia por los contratos indeterminados (estabilidad laboral de entrada) y la resistencia a admitir la terminación unilateral del contrato por voluntad del empleador (estabilidad laboral de salida).

La regulación de la estabilidad laboral en nuestro ordenamiento tuvo un importante cambio con ocasión de la entrada en vigencia de la Constitución

19 Cf. PLA RODRIGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”. Editorial Depalma, Buenos Aires. Tercera Edición, 1998, p. 215.

20 DE LOS HEROS PEREZ ALBELA, Alfonso. “Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿regla o excepción?” En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Ali Arte Gráfico Publicaciones S.R.L. Lima. Diciembre de 2004. p.196

21 PLA, op.cit. p.216.

22 ERMIDA, “La estabilidad...”. op. cit. p.17.

23 Artículo 22º.-“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”.

24 ALONSO OLEA, Manuel. “Derecho del Trabajo”, Madrid. 1974. p.118. Citado por PLA, op.cit. p.17.

25 Plá, op.cit. p. 223.

de 1993 pues se transitó de un reconocimiento expreso<sup>26</sup> a una remisión al legislador para el desarrollo de solamente un aspecto de la misma, la estabilidad de salida<sup>27</sup>.

A nivel infraconstitucional el artículo 4º de la LPCL recoge a la estabilidad de entrada a partir de la regulación de una presunción *ius tantum* a favor de la contratación indeterminada al establecer en su primer párrafo que, "(...) en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)".

Esta preferencia no sólo es privativa de nuestro ordenamiento ya que a decir de Vega Ruiz respecto a Latinoamérica, la regla aplicada ha sido la preferencia por la contratación de duración indeterminada, la cual ha correspondido tradicionalmente a quienes se han vinculado por un acuerdo de voluntades en materia laboral. Ello se ha evidenciado al regular la presunción de que el contrato es indeterminado salvo prueba en contrario, permitiéndose en forma restringida modalidades de duración determinada en función al tiempo o a la naturaleza de la labor<sup>28</sup>. Nuestro país no es ajeno a la contratación determinada al permitir el uso de diversas modalidades de incorporación de personal a plazo fijo (recogidas en los artículos 53º y siguientes de la LPCL).

El Tribunal Constitucional ha interpretado el ordenamiento jurídico laboral peruano tomando como parámetro nuestro texto Constitucional, pronunciándose sobre la estabilidad laboral en sendas resoluciones que han marcado un hito en el laboralismo nacional. Así, ha recogido al principio de continuidad en la sentencia recaída en el expediente No. 1397-2001-AA/TC al señalar que "(...) *El régimen laboral peruano se sustenta, entre otros criterios, en el llamado principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de aquella que pueda tener una duración determinada. Dentro de dicho contexto, los*

*contratos sujetos a un plazo tienen, por su propia naturaleza, un carácter excepcional, y proceden únicamente cuando su objeto lo constituye el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley les establece formalidades, requisitos, condiciones, plazos especiales e, incluso, sanciones, cuando, a través de ellos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado (...)*" (fundamento jurídico 3ro).

Respecto a la estabilidad de salida, ésta puede definirse como la protección al trabajador para que la terminación de su relación laboral ocurra por causas expresamente establecidas en la ley<sup>29</sup>. Doctrinariamente existen dos tipos de estabilidad, la absoluta, que contempla como protección reparadora frente a un despido incausado a la reposición y la relativa, cuya reparación es la indemnización, un seguro contra el desempleo, entre otras. La estabilidad relativa puede ser propia e impropia. Será propia cuando se declara judicialmente la nulidad del despido sin la reposición efectiva en el puesto de trabajo. Al declarar fundada la demanda, el juez concederá el pago de una indemnización más las remuneraciones devengadas por el período dejado de laborar (salarios caídos). Por otro lado, la estabilidad relativa será impropia cuando la protección frente a un despido arbitrario consista en el pago de una indemnización.

En concordancia con el mandato constitucional, la LPCL, en su artículo 16º, contempla las causas que originan la terminación de la relación laboral. Conviene precisar que en los artículos 23º, 24º y 25º se regulan aquellas que originan el despido de un trabajador, quien para gozar de estabilidad en el empleo debe laborar cuatro o más horas diarias en promedio a la semana<sup>30</sup> y haber superado el período de prueba respectivo<sup>31</sup>. Asimismo, en sus artículos 31º y 32º la LPCL contempla el trámite del despido relacionado con la conducta o capacidad del trabajador, en el cual se deberá respetar al Principio de Inmediatez.

26 Artículo 48.El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.

27 Artículo 27º.-"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

28 Cf. VEGA RUIZ María Luz. "La reforma laboral en América Latina 15 años después. Un estudio comparado". Oficina Internacional del Trabajo. 2005. p.26.

29 Véase artículos 16 y siguientes de la LPCL.

30 Consideramos inconstitucional la exclusión legal de la jornada de trabajo, pues la Constitución de 1993 no restringe la protección contra el despido a quienes laboran durante una jornada diaria reducida.

31 Como lo establece la LPCL en su artículo 10º:"(...) *El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.*

*Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección (...)"*

En el acápite siguiente plantearemos las consecuencias legales y jurisprudenciales de infringir la estabilidad laboral de salida.

### 3. Consecuencias de la infracción de la estabilidad de salida: navegando entre la nebulosa

#### 3.1 Indemnización por despido: Consecuencia legal acorde con la Constitución

Como lo señalan los artículos 34º y 38º de la LPCL, si el despido no se basa en causa justa (incausado) o el empleador no puede demostrarla ante un cuestionamiento judicial por parte del trabajador (injustificado), éste tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones, **como única reparación**. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda.

Excepcionalmente, de lesionarse algún derecho constitucional, como la libertad sindical, o la igualdad, de acuerdo a las causales taxativas establecidas en el artículo 29º de la LPCL<sup>32</sup>, el trabajador podrá demandar la nulidad de su despido. De ampararse su demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización señalada en el artículo 38 de la LPCL. Adicionalmente, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes así como los depósitos correspondientes a la Compensación por Tiempo de Servicios y, de ser el caso, con sus intereses. (Artículos 34º segundo párrafo y 40º de la LPCL).

En nuestra opinión, el modelo de protección contra el despido previsto en la LPCL no resulta contrario a nuestra Constitución<sup>33</sup> pese a admitir el despido

incausado pues lo sanciona con una indemnización. Para la LPCL la tutela es resarcitoria ante un despido incausado y restitutoria tratándose del despido nulo.

Advirtamos que la indemnización como reparación contra el despido injustificado o incausado guarda coherencia con el Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 7 textualmente señala que, "(...) d) (...) En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional (...)". (El subrayado es nuestro).

Inclusive, el Convenio No. 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, no ratificado pero que posee condición de recomendación, contempla en el artículo 10 a la indemnización como reparación ante un despido injustificado, señalando textualmente que, "(...) los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada (...)".

En esa medida, en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993<sup>34</sup> puede entenderse que el derecho a la adecuada protección contra el despido previsto en su artículo 27 comprende a la indemnización como reparación ante el mismo (eficacia resarcitoria).

#### 3.2 Reposición en el empleo (distinta a la nulidad de despido): Doctrina del Tribunal Constitucional

La estabilidad de salida también ha sido abordada por el TC, quizás con mayor contundencia que la estabilidad de entrada, a tal punto de generar primeramente doctrina jurisprudencial<sup>35</sup> y luego

32 Estas causales son:

- a. La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
  - b. Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad
  - c. Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f. del Artículo 25 de la LPCL, es decir, la injuria y faltamiento de palabra en agravio del empleador, sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores).
  - d. La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
  - e. El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.
- Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.
- Adicionalmente, de conformidad con el artículo 6º de la Ley Nº 26626, es nulo el despido laboral cuando la causa es que el trabajador sea portador del VIH /SIDA.

33 La Constitución de 1993 señala en su artículo 27 que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Esta disposición recoge un "derecho de configuración legal", es decir, existe una remisión al legislador para que éste sea quien determine cuál es el nivel adecuado de protección contra el despido.

34 Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales

Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

un precedente vinculante sobre la materia. Nos referimos a la sentencia recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de diciembre de 2005<sup>36</sup>, en adelante “Caso Baylón”.

En el citado precedente el TC ha dispuesto que el proceso de amparo para cuestionar un despido procede en los siguientes supuestos:

- (i) Ante un despido incausado, es decir, cuando no exista imputación de causa justa de despido, sea el despido verbal o escrito<sup>37</sup>.
- (ii) Ante un despido fraudulento, es decir, aquel en que se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente.

El TC señala que sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía judicial ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de los hechos que se imputan.

Al igual que en el caso anterior, no existe en sede laboral una vía específica que otorgue un nivel de tutela similar al trabajador ante un despido fraudulento.

- (iii) Ante un despido nulo. El TC se reafirma en lo expuesto en la sentencia recaída en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco<sup>38</sup> (Expediente 976-2001-AA/TC), por lo que se mantiene la procedencia del proceso de

amparo cuando un despido se base en los motivos prohibidos previstos en el artículo 29° de la LPCL, es decir, aquél despido basado en motivos antisindicales, fundado en el estado de gravidez de la trabajadora, como represalia por un reclamo contra el empleador iniciado por el trabajador, contra un trabajador por la posesión del VIH-SIDA, por su condición de discapacitado, entre otros motivos.

Cabe enfatizar que el Tribunal en pronunciamientos posteriores ha señalado que los trabajadores que ocupen puestos de confianza desde el inicio de su relación laboral poseen estabilidad relativa y tampoco pueden ser repuestos ante un despido sin causa justa<sup>39</sup>, ni tampoco aquellos trabajadores que cobren su indemnización por despido arbitrario<sup>40</sup>.

Entonces, luego del precedente del TC, un trabajador que sea despedido sin causa justa podrá optar entre demandar el pago de una indemnización por despido o su reposición en el empleo a través de un proceso constitucional de amparo basándose en el precedente del TC o la reposición en un proceso ordinario laboral si es que su despido se encontró viciado de nulidad.<sup>41</sup>

Por lo señalado en el acápite precedente, creemos que la LPCL tal y como se diseñó, contenía un mecanismo de reparación razonable ante un despido incausado, sin embargo, el TC optó, como supremo intérprete de la Constitución, por fijar una posición distinta.

### 3.3 Cuestionamiento de la falta grave a través del proceso de amparo

Lamentablemente, el TC no ha sido uniforme al momento de analizar los casos en los que tuvo la oportunidad de conocer despidos pues, alegando

35 Los pronunciamientos indicados son los correspondientes al proceso de Amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú y Telefónica Perú Holding (Expediente N°1124-2001-AA/TC) y al expediente N°976-2001-AA/TC, proceso de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. En ellos el TC estableció una nueva tipología de despidos que habilitan al trabajador afectado a iniciar un proceso constitucional de amparo para obtener su reposición y ser así reparado en la lesión a su derecho constitucional al trabajo.

36 Es pertinente precisar que el precedente recogido en la sentencia recaída en el Caso Baylón es de vinculación inmediata desde el 23 de diciembre de 2005, por lo que, según el TC, toda demanda que sea presentada y no reúna las condiciones del precedente, o las que se encuentren en trámite e igualmente no reúnan tales condiciones, deberán ser declaradas improcedentes.

En cuanto a los procesos de amparo en trámite en materia laboral privada a la fecha de entrada en rigor del precedente, el TC ha establecido que los jueces laborales deberán adaptar tales demandas conforme al proceso laboral que corresponda según la Ley N° 26636 (hoy Ley 29497), observando los principios laborales que se hubiesen establecido en su jurisprudencia laboral y los criterios sustantivos en materia de derechos constitucionales que el TC ha consagrado en su jurisprudencia para casos laborales.

37 Para el TC entonces, el trabajador que sea objeto de un despido incausado o arbitrario, podrá optar, entre recurrir a la vía judicial ordinaria demandando el pago de una indemnización o ante la vía procesal constitucional para su reposición en el puesto de trabajo.

38 Esto se ve corroborado en el Fundamento 16 de la sentencia del Caso Baylón en la que se señala que: “(...) Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo el amparo será procedente por las razones expuestas considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos (...)”

39 Entiéndase a través de un proceso de amparo. Véase caso Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), expediente N° 03501-2006-PA/TC, sentencia publicada el 28 de noviembre de 2007.

40 Expediente No. 3052-2009-PA/TC, proceso de amparo seguido por Yolanda Lara Garay y otras contra el Gobierno Regional del Callao.

41 Nos referimos, qué duda cabe, al trabajador del sector privado, pues un trabajador estatal sujeto al régimen laboral público deberá agotar la vía administrativa y luego plantear una demanda contencioso administrativa, tal y como lo ha señalado el propio TC en el precedente correspondiente al Caso Baylón. Sólo en defecto de dicha posibilidad, anota el TC, o atendiendo a la urgencia o a la

la falta de tipicidad de la sanción imputada por el empleador, ha examinado la existencia de falta grave, pese a que en algunos pronunciamientos sostuvo que el proceso de amparo no era el idóneo para efectuar dicho análisis.

En efecto, en las sentencias recaídas en los Expedientes No. 01420-2008-PA/TC, 05185-2009-AA/TC, 02240-2011-PA/TC, entre otros, el Tribunal analizó si los hechos invocados por los empleadores tenían correspondencia con el supuesto contemplado en la norma por lo que se trasladó una tarea propia de la judicatura laboral al proceso de amparo. Advertimos que el proceso de amparo carece de estación probatoria por lo que un análisis de este tipo es propio del proceso laboral.

Entonces, a través de la vía del despido fraudulento, el TC asume competencias propias de un Juez ordinario, lo cual no es recomendable ya que no solamente la estructura del proceso de la amparo no es la adecuada para ello sino que somos firmes creyentes que el Juez especializado es quien debe efectuar dicho análisis.

### 3.4 Reposición en el empleo parte II: La opinión de la Corte Suprema

El 04 y 14 de mayo de 2012 se realizó el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, con participación de los magistrados que conforman las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente y Transitoria, que resuelven los juicios laborales principalmente en casación.

Los Jueces Supremos acordaron la competencia de los jueces laborales para conocer, en la vía ordinaria, aquellas demandas de reposición en las que se alegue que el cese obedeció a un despido incausado o a un despido fraudulento.

Este Pleno, contrario a la jurisprudencia del TC, parecía cambiar las reglas de juego pues, para la Corte Suprema, la vía ordinaria será un mecanismo idóneo e igualmente satisfactorio para tutelar al Derecho al Trabajo en los supuestos mencionados, incluyendo al despido nulo, por lo que se esperaba que las demandas de amparo en que se alegue

que el cese se encuadraba en alguno de los casos citados debieran ser declaradas improcedentes.

Discrepamos con la extensión de supuesto de reposición en sede laboral ordinaria efectuada por la Corte Suprema pues contraviene en forma expresa a la LPCL.

En efecto, como hemos visto, la readmisión en sede laboral únicamente se encuentra normativamente contemplada para los casos en que el despido es declarado nulo (lista taxativa- numerus clausus).

Sin perjuicio de lo señalado, si la Corte ha fijado dicha posición, entonces lo natural sería que los procesos de amparo sean declarados improcedentes, en tanto el proceso laboral, y en particular el abreviado, se erige como una vía idónea e igualmente satisfactoria para tutelar a la estabilidad laboral.

Lamentablemente el TC insistió y viene insistiendo en resolver procesos de amparo en los que se formulan pretensiones de reposición que pueden ser conocidas en la vía laboral complicando el panorama.

No debemos dejar de advertir que alguna sentencia del TC como la recaída en el expediente No. 3070-2013-PA-TC, el Tribunal parecía enmendar el rumbo<sup>42</sup>, pero posteriormente ha mantenido su vocación de "laboralizar el proceso de amparo" o "amparizar el despido".

Recapitulando entonces, no compartimos el criterio de la Corte Suprema de abrir la puerta a la reposición en casos distintos al despido nulo pues la LPCL no los contempla, aunque, si consideramos que la Corte ya tomó postura en ese sentido, el proceso de amparo, para cuestiona un despido deviene en improcedente.

### 3.5 No solamente indemnización por despido: posibilidad de demandar el pago de una indemnización por daños y perjuicios

La Corte Suprema, en una reciente ejecutoria ha vuelto a poner sobre el tapete un antiguo

demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental

42 El TC en la indicada sentencia señala que la vía ordinaria será igualmente satisfactoria al amparo si en un caso concreto se demuestra de manera copulativa el cumplimiento de los siguientes elementos:

- Que la estructura del proceso es la idónea para la tutela del derecho.
- Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada.
- Que no existe riesgo que se produzca irreparabilidad.
- Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

Siendo entonces que la finalidad de los procesos constitucionales es "reponer las cosas al estado anterior de la violación o amenaza de violación del derecho constitucional" (artículo 1 del Código Procesal Constitucional), el proceso abreviado laboral cuando la reposición se plantea como pretensión principal única asomaría como vía igualmente satisfactoria que el proceso de amparo para cuestionar un despido.

criterio jurisprudencial que contemplaba la posibilidad de que el trabajador demande el pago de una indemnización por daños y perjuicios ante un despido arbitrario, en tanto el daño extrapatrimonial no se encuentra adecuadamente reparado con el pago de la indemnización tarifada prevista en el artículo 38 de la LPCL.

Efectivamente, para la Corte Suprema la indemnización por despido arbitrario regulada en la LPCL sólo cubre la pérdida económica del puesto de trabajo, mientras que la indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 1321 del Código Civil<sup>43</sup>, sanciona la inexecución de las obligaciones del empleador por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, en este caso el “daño moral”.

A decir de la Corte Suprema, en la Casación No. 139-2014-LA LIBERTAD, al existir una “gran aflicción” o “sufrimiento pasible de indemnización a título de daño moral”, acreditada por el demandante, procederá el pago de una indemnización adicional. A nuestro entender, un criterio jurisprudencial que permita acceder a una indemnización adicional a la tarifada en el artículo 38 de la LPCL, que inclusive se considera expresamente como “**única reparación**” frente al despido arbitrario, genera inseguridad jurídica pues, (i) no existe monto contemplado en la ley como indemnización con lo cual el Juez Laboral lo fijaría atendiendo a su criterio, (ii) tampoco se contempla un plazo prescriptorio o de caducidad por lo que podría sostenerse que el aplicable es el de diez (10) años previsto en el Código Civil o que la pretensión es imprescriptible.

Sobre este punto creemos que la indemnización por daños debería reservarse únicamente cuando el trabajador sea repuesto en un proceso de amparo o en uno ordinario distinto al de nulidad de despido y tenga que demandar de alguna manera el perjuicio económico generado por la falta de percepción de remuneraciones durante el lapso en el que estuvo despedido. Si optó por la tutela rescisoria derivada de la indemnización legal por despido arbitrario, no debería corresponderle pago adicional por dicho concepto.

### 3.6 Última tendencia: indemnización ante un despido en período de prueba

La Corte Suprema en la Casación Laboral N° 7095-2014-Lima, ha estimado la pretensión de pago de una indemnización por daños y perjuicios a una trabajadora despedida durante el período de

prueba en tanto la empresa demandada motivó su renuncia a un anterior empleo para incorporarse a trabajar en la misma pero, alegando que se encontraba durante el indicado período, dio por culminado su vínculo laboral.

El Colegiado precisó que la pretensión de la actora no era que se le abone la indemnización por despido arbitrario, establecida en la norma laboral, sino que se le abone una indemnización por daños y perjuicios de índole civil, por lo cual no resultaba de aplicación el período de prueba. Para la Corte el argumento de la demandante es creíble por la cercanía entre su renuncia a su anterior trabajo y el inicio de sus labores en la empresa demandada. Afirmó la Corte que el despido generó un perjuicio a la trabajadora, pues la última empresa no respetó la buena fe contractual, por lo que en este caso la norma aplicable resulta ser el artículo 1321 del Código Civil.

Somos escépticos en considerar que habría existido un acto de mala fe cuando la trabajadora venía laborando casi tres meses en la última empresa por lo que entendemos que existió un lapso prudente para que ésta pudiera obtener algunas conclusiones en relación al desempeño de la trabajadora. En esa línea no compartimos el razonamiento de la Corte.

El período de prueba es el lapso que permite a la empresa evaluar a sus colaboradores de manera objetiva a efectos de determinar si su desempeño se ajusta a los requerimientos del puesto de trabajo en el cual se desempeñan. Es por ello que durante el mismo el personal carece de estabilidad laboral.

En esa línea es criticable que se debilite al período de prueba generando la posibilidad de percibir una indemnización por la ruptura del vínculo laboral.

Distinto sería el caso que la empresa hubiera motivado la renuncia de la persona a su anterior empleo, pero que luego dejara sin efecto la oferta de trabajo sin justificación objetiva alguna. En este ejemplo es indudable la mala fe existente. En el supuesto bajo análisis habría existido un lapso para evaluar a la trabajadora dentro del cual la empresa manifestó su negativa, medida absolutamente válida.

### 3.7 Otras consecuencias

La realidad nos demuestra que aquella empresa que “atente” contra la estabilidad laboral, inclusive

43 Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedeciera a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía perverse al tiempo en que ella fue contraída”

con causa justa, y pagando la indemnización legal por despido, afrontará no solamente las consecuencias judiciales anotadas sino posibles inspecciones de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) y de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).

No vemos malo que los entes fiscalizadores hagan su trabajo, pero creemos que deberían tener mayor preparación al momento de inspeccionar a las empresas.

Tratándose de la actuación de la SUNAFIL, además de la conocida verificación del despido arbitrario, es probable que visite en más de una ocasión a aquellas empresas que sean conocidas por su frecuente desvinculación de trabajadores con la finalidad de verificar si existe incumplimiento laboral relacionado como el denominado "acto antisindical". El inconveniente que hemos experimentado de manera directa es que los inspectores pueden convertirse en instrumentos de presión del personal despedido o del sindicato contra la empresa y ello sin duda desvirtúa su función.

Por el lado de SUNAT, en tanto la autoridad fiscal verifica el pago de las contribuciones a EsSalud y el Impuesto a la Renta, tanto de la empresa como del trabajador, probablemente visite a las compañías para revisar si la indemnización legal por despido fue adecuadamente calculada y válidamente no se aportó a EsSalud sobre ella, o cuáles fueron los criterios para otorgar las conocidas "sumas a título de gracia"<sup>44</sup> o incentivos para formar nuevas empresas que se suelen pagar con ocasión del cese del persona<sup>45</sup>. Aquí vemos una complicación adicional.

Si como se comentó las empresas pueden ser objeto de una serie de consecuencias negativas por despedir arbitrariamente, más allá de la indemnización por despido que legalmente corresponde, muchas veces prefieren plantear ceses consensuados a sus trabajadores mediante el pago de incentivos, sumas a título de gracia o realizar programas para que éstos puedan iniciar negocios independientes.

Desde la perspectiva de la legislación laboral no existe inconveniente alguno con dichas medidas, el problema que está surgiendo para las empresas es de índole tributario.

En efecto, cuando la empresa otorga sumas adicionales al personal con motivo de su cese debe ser muy cuidadosa en cumplir la normativa tributaria para que dichos montos puedan ser deducibles como gasto de la base de cálculo del Impuesto a la Renta de tercera categoría, de lo contrario, podrán ser objetados por SUNAT y ello supondrá un costo de 28% adicional. Para que los indicados los pagos efectuados al personal con ocasión del cese sean deducibles deberán ser generales, normales y razonables según lo señala la Ley del Impuesto a la Renta (artículo 37). Se genera una doble presión al empleador, tanto laboral para evitar riesgos como tributario para que el gasto no sea desconocido y no tener un sobrecosto.

#### 4. Conclusiones

Qué duda cabe que existe gran inseguridad jurídica en relación a las consecuencias que puede enfrentar un empresario ante un despido de su personal, y no solamente si el despido carece de causa sino también si la posee.

La falta de claridad en relación a los montos que podría pagar el empresario de ser demandado, el plazo que existe para que ello ocurra sin duda complica el panorama. Si a ello añadimos la falta de conocimiento de temas laborales de los Jueces que resuelven procesos de amparo o de los propios Jueces laborales, el panorama empeora.

Esto genera que el empresario se siente a negociar con el personal proponiendo la celebración de acuerdos de cese que no solamente deben ser atractivos sino también diseñados con la venia de un experto en legislación tributaria pues la SUNAT les ha puesto la puntería.

Por un lado la judicatura constitucional, la laboral y la SUNAFIL y por el otro la SUNAT hacen que el empleador opte por el menor impacto negativo a la hora de tomar sus decisiones de despido que,

44 Artículo 57.- Si el trabajador al momento que se extingue su vínculo laboral o posteriormente, recibe del empleador a título de gracia, en forma pura, simple e incondicional, alguna cantidad o pensión, éstas se compensarán de aquellas que la autoridad judicial mande pagar al empleador como consecuencia de la demanda interpuesta por el trabajador.

Para que proceda la compensación debe constar expresamente en documento de fecha cierta que la cantidad o pensión otorgada se efectúa conforme con lo establecido en el párrafo precedente, o en las normas correspondientes del Código Civil.

Las sumas que el empleador entregue en forma voluntaria al trabajador como incentivo para renunciar al trabajo, cualquiera sea la forma de su otorgamiento, no son compensables de la liquidación de beneficios sociales o de la que mande pagar la autoridad judicial por el mismo concepto.

(\*) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 27326, Del 24-07-2000.

45 Artículo 47.- Las empresas y sus trabajadores dentro del marco de la negociación colectiva o por convenio individual con sus respectivos trabajadores pueden establecer programas de incentivos o ayudas que fomenten la constitución de nuevas empresas por los trabajadores que en forma voluntaria opten por extinguir su vínculo laboral.

creemos, no obedecen a razones ligeras sino que muchas veces se presentan situaciones de crisis o de excedencia de personal que exigen su reducción en número.

Lo deseable sería un cambio legislativo que reafirme a la indemnización por despido como única reparación, quizás en una Ley General de Trabajo, salvo supuestos excepcionales que permitan reposición como aquellos que ocasionan la nulidad del despido. Se podrá evaluar si el tope de 12 remuneraciones es insuficiente a fin de incrementarlo pero siempre dentro de la tutela rescindicatoria.

También será útil regular al despido individual por motivos económicos que contemple una

indemnización menor al despido arbitrario como lo tiene previsto el Proyecto de Ley General de Trabajo.

Finalmente, es fundamental que nuestros Magistrados tengan en consideración las consecuencias económicas derivadas de sus pronunciamientos para no generar inseguridad jurídica, que los inspectores de SUNAFIL no se dejen convencer con argumentos efectistas y que SUNAT se apoye en abogados laboristas que conozcan a fondo nuestra especialidad pues, al verificar los gastos de personal y el pago de aportaciones a EsSalud no queda duda que deben ingresar al complejo campo del Derecho del Trabajo. ☞