

EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL

VICTOR FERRO DELGADO¹

El Ejecutivo se encuentra empeñado en hacer más rígida nuestra legislación laboral, como lo evidencian los decretos supremos que modifican la ley de tercerización de servicios y la ley de relaciones colectivas de trabajo que regula la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga.

Ambos dispositivos recogen disposiciones que se encuentran previstas en el anteproyecto de Código de Trabajo, el cual se encuentra pendiente de discusión por el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. Así, en lugar de propiciar un debate encaminado a alcanzar consensos entre los actores sociales respecto de una normativa que resulta central en las relaciones de trabajo, el gobierno ha optado por obviar el diálogo y poner en vigencia paulatina las normas contenidas en el ACT mediante el expeditivo recurso de ir promulgando sucesivos decretos supremos, incluso regulando temas donde la jerarquía normativa no lo permite. De ahí que resulte de medular importancia examinar las disposiciones que contiene el ACT, en particular en el aspecto más controversial de nuestro derecho individual del trabajo, esto es, el relativo al régimen de estabilidad laboral.

El anteproyecto corresponde a un nuevo intento de sistematización de nuestra profusa legislación laboral, esfuerzo que se remonta al año 2002 cuando la Comisión de Trabajo del Congreso de la República designó un comité de expertos al que encomendó la elaboración de un anteproyecto de Ley General de

1 Abogado con estudios de Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor Principal de Derecho del Trabajo en la misma casa de estudios y Socio Fundador del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

Trabajo. Dicho comité estuvo integrado por un grupo de profesores universitarios vinculados al sector sindical o empresarial y por ende su signo distintivo fue el de la pluralidad y la apertura hacia posiciones diversas, pero que finalmente apuntaban a alcanzar un equilibrio razonable en las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores.

No es ese el caso del actual anteproyecto de código de trabajo (ACT) en que su signo distintivo es el proteccionismo a ultranza. Su elaboración ha estado a cargo de un grupo de funcionarios del Ministerio de Trabajo, lo que probablemente contribuye a explicar el sesgo que se advierte en su articulado. Allí donde la legislación vigente permite un ejercicio razonable de las facultades propias del poder directivo del empleador nos encontramos ante propuestas que tienden a mediatizar dicho ejercicio, al extremo de hacerlo inoperante, o someterlo a aprobaciones administrativas por parte de la autoridad de trabajo de incierto resultado.

Es claro que el derecho al trabajo cumple una función tuitiva respecto del trabajador, pero ello no debería llevar al legislador a desconocer que son dos las partes del contrato de trabajo a las cuales les corresponden derechos y obligaciones.

El proteccionismo a ultranza colisiona con el modelo de economía social de mercado y el derecho a la libertad de empresa, que consagran nuestra Constitución, lo que, en palabras del Tribunal Constitucional, “son considerados como base del desarrollo económico y social del país y como garantía de una sociedad democrática y pluralista(...)” (Expediente N° 01405-2010-PA/TC).

En sus afanes proteccionistas, el ATC trabajo parece ignorar que, según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática, el 72.5% por ciento de la población económicamente activa se desenvuelve en el ámbito de la informalidad, esto es, desprovisto de todo marco de protección. Así, mientras más costosa y rígida sea la contratación de trabajadores más se estará alentando la informalidad, con lo cual se genera un efecto perverso: se protege al trabajador formal pero cada vez son menos los trabajadores a los cuales se les aplica la legislación laboral, lo cual en buena cuenta significa vaciar de contenido el derecho del trabajo en razón del decreciente número de destinatarios reales de sus disposiciones.

Si bien, no sería válido atribuir al ordenamiento laboral la principal responsabilidad en los altos índices de informalidad que existen en nuestro país, tampoco se puede desconocer que la regulación laboral juega un rol relevante en las decisiones de contratación laboral que adoptan miles de empresarios en nuestro país, en las que el régimen de estabilidad laboral ocupa un lugar de marcada prioridad.

Ahora bien, es precisamente en materia de estabilidad laboral en el que se evidencian los mayores sesgos en que incurre el ACT. Para ello, el ACT recurre a dos vías paralelas: una indirecta, por la cual restringe o hace inviable la desvinculación laboral; y otra directa, en que subrepticamente reintroduce en nuestro ordenamiento legal un esquema propio de la estabilidad laboral absoluta, a la vez que incrementa significativamente los costos de la indemnización por despido.

En materia de protección indirecta, el ACT parece no conferir relevancia al hecho que en la actualidad ha devenido en impracticable la desvinculación del trabajador en razón de deficiencias, físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas que le impidan el desempeño de sus tareas. En efecto, para la desvinculación se requiere que el Ministerio de Salud o el Instituto Peruano de Seguridad Social evalúen el caso y emitan una certificación que acredite la deficiencia sobrevenida del trabajador para el desempeño de sus labores. Sin embargo, dichas entidades, simplemente, no cumplen con emitir la respectiva certificación. La ley prevé una tercera opción para obtenerla: el Colegio Médico del Perú. No obstante, una casación vinculante de la Corte Suprema no reconoce la facultad del Colegio Médico para este efecto (Casación N° 11727-2016), con lo que ha quedado trabada la desvinculación por este motivo. Con ello, el empleador debe mantener vigentes los contratos de trabajo de quienes ya no se encuentran en capacidad de continuar desempeñando las funciones para las que fueron contratados, obligándole así a generar puestos de trabajo superfluos que afectan su productividad y a asumir el costo de las vicisitudes del contrato de trabajo, a pesar de que estas deberían estar a cargo de la seguridad social. De ahí que mal hace el ACT al atribuir a una “comisión calificadora” la determinación de la situación de salud del trabajador, cuando la experiencia ha demostrado, una y otra vez, que ello resulta inoficioso.

Otro extremo de proteccionismo ultranza lo encontramos en la configuración de la falta grave por delito doloso - supuesto actualmente previsto en

nuestra legislación - pero al que se le agregan dos nuevos requisitos: (i) que se imponga al trabajador “una pena privativa de la libertad efectiva”; y, (ii) “que le impida el cumplimiento de la relación de trabajo”. Esta disposición implica que el empleador debe mantener en la empresa a quien ha sido condenado por un delito doloso si no se verifican simultáneamente los dos requisitos en mención. Pongamos el caso de un trabajador que se desempeña como auxiliar en un nido de infantes y que ha sido condenado en la vía penal por tocamientos indebidos en un transporte público. Como quiera que es previsible que ese individuo no será condenado a sufrir carcelera efectiva, el empleador estará impedido de materializar su desvinculación. Cabe así preguntarse si los padres de esos menores se sentirían seguros de confiarlos a un sujeto que carece de requisitos básicos de idoneidad moral, así el delito lo haya cometido fuera del centro de trabajo y en agravio de terceras personas, o si más bien, optarán por enviar a sus niños a otro centro de educación pre escolar. Desde nuestra perspectiva, este es un ejemplo en el que el proteccionismo a ultranza prefiere proteger a un ofensor y no a quien tiene legítimo derecho para materializar el despido en salvaguarda de valores superiores a la estabilidad laboral.

122

En la tipificación de las faltas graves que justifican el despido, el ACT suprime la obligación relativa a la buena fe laboral, limitando las obligaciones del trabajador a aquellas que resultan esenciales a su puesto de trabajo. El concepto de buena fe laboral, previsto en la actual legislación, importa el cumplimiento de deberes de fidelidad y lealtad por parte del trabajador. El deber de fidelidad alude al fiel cumplimiento de las obligaciones propias del puesto de trabajo. El deber de lealtad determina que el trabajador debe advertir sobre situaciones de riesgo que afecten la seguridad o la integridad propias, la de sus compañeros de trabajo, de terceros, de los bienes de la empresa o de los que se encuentren bajo su custodia. Así, en circunstancias de dicha naturaleza, el trabajador debe dar la voz de alerta a fin de procurar evitar que se materialice el daño. Empero, de suprimirse el requisito de buena fe laboral, un trabajador que advirtiese una situación de inminente peligro en una zona cercana a su puesto de trabajo, estaría facultado a continuar con sus labores invocando que no es parte de sus obligaciones notificar a sus superiores sobre eventuales siniestros que pudieran producirse en el centro de trabajo.

De otro lado, la legislación vigente califica como falta grave la reiterada paralización intempestiva de labores habida cuenta que, conforme a nuestro

ordenamiento legal, dicha modalidad no corresponde a un medio legítimo de presión laboral hacia el empleador. Sin embargo, el ACT elimina ese supuesto y se limita a señalar que constituye falta grave “la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento en el puesto de trabajo”, lo que ciertamente corresponde a una situación distinta. Esta última está referida a la afectación individual del rendimiento del trabajador, mientras que la reiterada paralización intempestiva de labores está aludiendo a una conducta colectiva, que la ley vigente proscribió expresamente, evidenciando así que esa no es una medida amparada por nuestra legislación. En efecto, el paro intempestivo no constituye el ejercicio legítimo del derecho de huelga, el cual debe observar determinadas formalidades (decisión aprobada mayoritariamente por parte de los trabajadores, corroboración mediante acta refrendada por notario o juez; preaviso al empleador y a la autoridad de trabajo, entre otros requisitos). De esta forma, dejar de calificar como falta grave la reiterada paralización intempestiva de labores, conforme propone el ACT, permite avizorar situaciones de potencial conflictividad en los centros de trabajo, a la vez que transmite un mensaje equívoco sobre esta delicada materia.

En lo relativo al despido por abandono de trabajo (por ejemplo, ausencias injustificadas durante 16 días no consecutivos en un período de 180 días calendario) el ACT plantea modificar la norma vigente, exigiendo que cada ausencia debe haber sido sancionada disciplinariamente. Así, si el empleador omitiese sancionar oportunamente alguna de estas 16 ausencias, habrá incurrido en un despido inválido quedando así expuesto a las consecuencias que el ACT prevé y que examinaremos más adelante.

De otro lado, el ACT suprime como causa de despido a la injuria cometida por el trabajador en agravio del empleador, de sus representantes, del personal de dirección o de otros trabajadores. Pareciera que como quiera que subsiste la figura de grave indisciplina, se habría estimado que resulta redundante mantener la figura de la injuria, actualmente prevista en la legislación vigente. Empero, ello evidenciaría una confusión conceptual habida cuenta que indisciplina e injuria son supuestos distintos. Mientras la primera alude al incumplimiento de las disposiciones impartidas con relación a las labores, la segunda sanciona las expresiones que entrañan una falta de consideración y una intención de ofender. De ahí que eliminar a la injuria como un supuesto de despido implicará afectar seriamente las bases mínimas de respeto que debe primar en la conducta hacia el empleador y los compañeros de trabajo.

En materia de despidos colectivos, el ACT se mantiene en la figura surrealista que impera en nuestro ordenamiento. Se establecen supuestos y se regula el procedimiento aplicable para llevar a cabo ceses colectivos en la empresa, no obstante que ello no es más que letra muerta desprovista de toda eficacia en nuestro ordenamiento. Salvo muy contadas excepciones, desde hace muchos años el Ministerio de Trabajo no autoriza los ceses colectivos solicitados por el empleador ya que siempre encuentra alguna excusa para desestimar las respectivas solicitudes, por más cuidadosa y contundente que haya sido la justificación invocada para sustentar la medida.

Así, el ACT mantiene la regulación actualmente vigente, a sabiendas que la autoridad de trabajo mantendrá su tradicional política de bloqueo a este tipo de procedimientos. Con ello se fuerza al empleador a mantener a personal que no resulta necesario, o cuyo costo no puede continuar asumiendo en razón de las dificultades económicas que la empresa puede encontrarse atravesando. Esto lo llevará intentar llevar a cabo desvinculaciones mediante mutuo disenso, que al quedar supeditadas a la voluntad de la contraparte, suelen alcanzar montos considerables que agravan situaciones económicas de por sí precarias, o resultan simplemente infructuosas.

124

Estimamos que el pecado original del esquema de ceses colectivos que recoge nuestra legislación consiste en que este se encuentra configurado bajo la modalidad del “despido propuesta” conforme al cual el empleador debe solicitar autorización a la autoridad de trabajo para llevar a cabo el despido mientras que a esta se le asigna el ingrato papel de autorizar el despido colectivo solicitado por el empleador. Obviamente, en ese escenario, la autoridad de trabajo opta por la medida más expeditiva: casi invariablemente desestima el pedido de la empresa. Así, se constata que, a lo largo del tiempo, los distintos Ministros de Trabajo han optado por la protección de la estabilidad laboral, pero en particular de la propia, evitándose así ser juzgados como responsables de la autorización de despidos de trabajadores.

Es por ello que debe abandonarse el esquema de “despido propuesta” para pasar a un régimen similar al que opera en el despido individual. En este la medida dispuesta por el empleador resulta eficaz y surte efecto, pero queda sujeta a su acreditación en caso que la misma sea impugnada en sede judicial. De la misma forma, de resultar infructuosas las negociaciones entre la empresa y la respec-

tiva organización sindical (o en su defecto con los trabajadores afectados) para llevar a cabo un cese colectivo debería surtir efecto la medida de desvinculación dispuesta por el empleador. Corresponderá a la empresa demostrar el sustento y procedencia de la medida en el respectivo procedimiento judicial en caso este sea promovido y asumir las reparaciones económicas que correspondan si en el litigio se demostrase la improcedencia de la medida. Debe tenerse presente que ese es el modelo que prevén distintos instrumentos internacionales, como el Convenio 158 OIT y la Directiva 98/59/CE de la Unión Europea, y que a su vez recogen numerosas legislaciones, tales como la de Alemania, Dinamarca, España, Francia, Inglaterra, Italia, Suecia, Argentina, Colombia y Chile, por señalar solo algunos casos. En ninguno de estos regímenes opera el denominado “despido propuesta” que tanta ineficacia ha demostrado en nuestro país.

Además de las fórmulas de protección indirecta que hemos comentado y cuyo objeto es inviabilizar la desvinculación, el ACT desarrolla mecanismos de protección directa al regular la estabilidad laboral, el instituto más controversial de nuestro ordenamiento laboral.

El ACT trata el despido sin causa justificada pero, curiosamente, se limita a recoger, parcialmente, los criterios del Tribunal Constitucional para la figura del despido fraudulento, el cual conlleva la reposición del trabajador. Así, el ACT se limita a regular el despido nulo, tipificándolo, entre otros supuestos, como aquel cuya causa no ha sido probada en juicio cuando las pruebas que lo sustentan son calificadas de falsas. Así, por la expeditiva vía de atribuirle a la prueba la condición de prueba falsa, se abre el camino para que se califique el despido como nulo y se ordene judicialmente la reposición del trabajador, además del pago de las remuneraciones devengadas durante el proceso. Alternativamente, a elección del trabajador, éste podrá optar por el pago de la indemnización por despido, además del importe correspondiente a las remuneraciones devengadas. Más aún, si el despido corresponde a determinados supuestos agravados, corresponderá el pago de una reparación por daños y perjuicios en adición a la reposición o el pago de la indemnización.

Así, el ATP se aparta de los criterios del Tribunal Constitucional - no obstante su carácter vinculante - al omitir regular el despido arbitrario, esto es, el despido no probado en juicio, al cual solo corresponde resarcir con el pago de una indemnización. De esta forma, subrepticamente, se apunta a instaurar

nuevas vías para la reposición, aproximándose con ello a un esquema de estabilidad laboral absoluta.

A lo expuesto se agrega el notorio incremento de la indemnización por despido. A diferencia de lo que dispone la legislación vigente - que fija la indemnización por despido arbitrario en 1.5 sueldos con el tope de 12 sueldos - el ACT dispone que el despido arbitrario cual será equivalente a 45 días de remuneración por cada año de servicios, pero sin límite alguno, sin perjuicio de la reparación por daños y perjuicios en los supuestos antes indicado.

Creemos que la regulación que el ACT propone en materia de estabilidad laboral acentuará sensiblemente los niveles de rigidez laboral que persisten en nuestra legislación. Recordemos que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) ha señalado que en el Perú prevalece un mercado de trabajo segmentado y con una regulación rígida, destacando que un marco normativo flexible contribuiría a que nuestro país sea un destino de inversión. Por su parte, el Foro Económico Mundial ha ubicado al Perú en el puesto 131 de 141 países en materia de contratación y despido, esto es, a la cola de los países con mayor rigidez laboral en el mundo.

126

Es claro, pues, que de aprobarse el ACT estaremos en aptitud de disputar la final del campeonato mundial en rigidez laboral.

Confiemos que ello no será así y que el ACT será reformulado de manera que permita arribar a consensos básicos entre los interlocutores sociales haciendo factible que podamos contar con una legislación equilibrada que aspire a perdurar en el tiempo.