

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ  
FACULTAD DE DERECHO



Controlar el poder privado: los estándares de protección contra el despido y su aplicación  
en el ordenamiento jurídico peruano

Tesis para obtener el título profesional de Abogado que presenta:

Renzo Vito Salvador Florian

Asesor:

Alfredo Villavicencio Ríos

Lima, 2023




### Informe de Similitud

Yo, Alfredo Villavicencio Ríos, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del Trabajo de Tesis titulado: Controlar el poder privado: los estándares de protección contra el despido y su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano, del autor Renzo Vito Salvador Florian, dejo constancia de lo siguiente:

El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 13%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 30/10/2023. He revisado con detalle dicho reporte, así como la Tesis, y no se advierten indicios de plagio.

Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: Lima 30 de octubre de 2023

Alfredo Villavicencio Ríos	
DNI: 06517358	Firma: 
ORCID: 0000-0002-5364-9861	

*A mis papás, quienes con su amor infinito a los suyos me enseñaron el significado de la palabra hijo.*

*A Paolo, cuyo ejemplo me enseñó que la pasión y disciplina lo pueden todo, todo.*

*A Bruno, con la esperanza de que siga siendo el mejor de los tres.*



**“Cuando estudiantes y profesores de nuestra Facultad, felizmente en número importante, hemos cuestionado el grave y deliberado deterioro del Estado de Derecho en nuestro país, nos han calificado de «idealistas», que en el lenguaje de los que se fijan un fin y lo alcanzan por cualquier medio, significa un agravio. La democracia es ineficaz, las instituciones son obsoletas, los valores son inútiles; tales son sus consignas. Ellos se autodenominan «realistas» y creo que lo son, pero en el sentido monárquico del término. ¿Eficacia sin valores? ¿Cómo se puede ir por la ruta más corta entre dos puntos y no querer ser recto?”.**

Javier Neves

**“No solo es concebible que lo superior nace de lo inferior en el sentido de la polaridad y ante todo del carácter escarnecedor del mundo, producto de su lado opuesto: el día, de la noche; la debilidad, de la fuerza; la fealdad, de la belleza; la felicidad, de la desgracia. La victoria solo se compone de palizas propinadas”.**

Ladislav Klima

**“He hallado, al enfrentarme con ciertas interrogantes del derecho, la misma emoción que produce una página inspirada. Quien no lo cree así, carece de esa luz divina de una vocación que sabe descubrir, a veces, a costa de un esfuerzo tenaz, la belleza difícil”.**

Demófilo de Buen Lozano

## Agradecimientos

Decidir optar por elaborar una tesis es, quizá, la evidencia más palmaria de que una persona no es enteramente racional. El tan famoso análisis costo-beneficio conduce a la conclusión que es, sin duda, un despropósito en todo sentido. Supone no solo invertir una cantidad de tiempo muy significativa, sino que, además, exige una responsabilidad mayor a la que uno podría pensar. Los beneficios, por otro lado, a veces se muestran poco tangibles y hasta efímeros.

Una decisión de este tipo, por tanto, solo podría explicarse en la conjugación de haber hallado, al fin, «aquel tema» sumergido en el mar de pensamientos y una determinación - como la del capitán Ahab- de perseguirlo hasta los confines más recónditos de nuestra mente. No obstante, esta empresa nunca es un proyecto solitario. En mi caso, estuvo acompañada de personas increíbles. Algunas me acompañan hoy, a la fecha de publicación de esta tesis, otras no. Sirvan, pues, estas líneas para rendirles homenaje y agradecerles por ser parte de este momento.

A la memoria de mis abuelos, Sofía Valenzuela Márquez, Remigio Salvador Villanueva, Alicia Herrera Flores y Ramiro Florian Salazar, con mi eterna gratitud y aprecio por las lecciones de vida, los gestos de cariño y los abrazos -que aún extraño.

A los *caracoles*, Emilio Ostolaza, Mauricio Seminario, Adrián Lengua, Renzo Torres, Ángel Flores, Jesús Cornejo y Renzo Caballero. Los mejores amigos que la universidad y el colegio pudieron darme. También a los *laboralistas*, Brian Velarde y Ricardo Valdiviezo, amigos que me regaló el Derecho del Trabajo, y quienes me acompañaron en este proyecto desde el inicio. No pueden faltar, por último, Kenny Díaz, Daniel Lázaro, Óscar Gonzales y Rodrigo Cuellar, buenos amigos con quienes en más de una ocasión compartí ideas y tuvieron la gentileza de leer algunos de mis *shitty first drafts*.

Finalmente, este trabajo no podría haber culminado sin la guía -y sobre todo paciencia- de mi querido amigo y maestro Alfredo Villavicencio Ríos, quien cometió ese *generoso error*, como diría Borges, de aceptarme como discípulo. Javier Neves Mujica, nuestro querido amigo y maestro, aunque no figura en los registros como asesor, conversó conmigo sobre esta tesis -en espacios académicos y no tan académicos. Las discusiones en su legendario **“Seminario de Integración en Derecho del Trabajo”**, además, **inspiraron** algunas ideas de la tesis. Si las siguientes páginas tienen algún valor, el mérito -no cabe duda- es de ellos.

## RESUMEN

Esta tesis persigue articular el estándar constitucional y convencional de protección contra el despido, y responder a la pregunta sobre cómo se aplica en nuestra legislación laboral. La hipótesis planteada plantea que el contenido de los estándares en cuestión resultan aplicables, pues existen espacios de disonancia con el marco normativo vigente. A partir de ello, se establece como objetivo principal desarrollar el contenido de los mandatos constitucionales y convencionales relativos a la materia, así como su aplicación al ámbito subjetivo de la protección contra el despido. La metodología empleada en esta investigación es dogmática, y está enfocada en el derecho positivo. Finalmente, se concluye que la interpretación conforme al bloque de constitucionalidad genera una alternativa para cuestionar y disputar aspectos importantes de la reforma laboral en materia de protección contra el despido.



## Abreviaturas, siglas y acrónimos:

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.  
CCC: Corte Constitucional colombiana.  
CCI: Corte Constitucional italiana.  
CDESC: Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.  
CEACR: Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.  
CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.  
CLS: Comité de Libertad Sindical de la OIT.  
Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.  
DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.  
DIDH: Derecho Internacional de Derechos Humanos.  
ET: Estatuto de Trabajadores de España.  
LPCL: TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.  
MTPE: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del Perú  
NLPT: Nueva Ley Procesal del Trabajo.  
OIT: Organización Internacional del Trabajo.  
PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.  
PSS: Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador".  
RLFE: Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo.  
SIDH: Sistema Interamericano de Derechos Humanos.  
TC: Tribunal Constitucional peruano.  
TCE: Tribunal Constitucional español.  
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



Introducción	9
Capítulo uno	17
Los modelos de protección contra el despido en el Perú: análisis en perspectiva histórico-jurídica	17
1.1. De la inexistencia a la concretización de un derecho: el movimiento pendular de la protección contra el despido en la legislación peruana	18
1.1.1. Del poder absoluto al limitado. Introducción de restricciones económicas al poder del empleador: Ley 4916	19
1.1.2. La introducción de límites materiales: Decretos Ley 18138, 18471 y 22126	21
1.1.3. La constitucionalización de la estabilidad laboral y los avances en la construcción de un sistema de protección: Constitución de 1979 y Ley 24514	24
1.1.4. Un gran cambio: el Decreto Legislativo 728	27
1.1.5. Ordenando las piezas: balance histórico de la evolución del modelo de protección contra el despido en el Perú	30
1.2. La Constitución de 1993 y el «modelo de protección mínima»	31
1.2.1. Derecho al trabajo: contenido constitucional y alcances normativos	32
1.2.1.1. La doble dimensión del derecho al trabajo	32
1.2.1.1.1. Transversalidad del principio de causalidad en las relaciones individuales de trabajo	34
1.2.1.1.1.1. Límites materiales en la contratación temporal de trabajo	35
1.2.1.1.1.1.1. <i>Excursus</i> : la contratación temporal como política de pleno empleo y su colisión con el principio de causalidad en la duración del vínculo	36
1.2.1.1.1.2. Límites materiales en la terminación de la relación de trabajo por voluntad del empleador	39
1.2.2. Adecuada protección contra el despido: alcances normativos de una controversial disposición constitucional	40
1.2.2.1. Garantía de reserva de ley en materia de protección contra el despido: ¿una previsión innecesaria?	40
1.2.2.2. La «adecuada protección contra el despido arbitrario»: el valor jurídico del límite material de la reserva de ley	42
1.2.2.2.1. <i>Excursus</i> : ¿Puede admitirse un sistema basado solo en la indemnización? Apuntes sobre un fallido intento de reforma constitucional	48
1.3. Un modelo supranacional: el sistema interamericano de protección contra el despido	52
1.3.1. Garantía formal de protección en el sistema interamericano de derechos humanos: la reserva de Ley	53



1.3.2. El trabajo como derecho humano: contenido y alcances en el Protocolo de San Salvador	55
1.3.2.1. Obligaciones específicas en materia de protección contra el despido en el sistema interamericano de derechos humanos	56
1.3.2.1.1. La obligación de respeto y garantía de los derechos humanos en clave de protección contra el despido	58
1.3.2.1.2 La obligación de reparación en los casos de despido injustificado	62
Capítulo dos	66
<i>El reino espurio de la ley: hacia un control de las zonas exentas de causalidad</i>	66
2.1. Contratos a tiempo parcial: entre el compromiso y la estabilidad	66
2.1.1. ¿Reglas flexibles para trabajadores flexibles? Análisis sobre la regulación del trabajo a tiempo parcial	67
2.1.2. El despido de los trabajadores a tiempo parcial	69
2.1.3. Críticas a la luz del estándar interamericano de protección contra el despido	70
2.1.4. Propuestas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido	72
2.2. Retiro de confianza en el sector privado: el retorno del poder privado absoluto	76
2.2.1. Puestos de dirección y confianza en la empresa: fundamentos normativos y doctrinales	77
2.2.2. Naturaleza jurídica del acto extintivo por retiro de confianza	81
2.2.3. Limitaciones al sistema de protección contra el despido: análisis crítico a la luz del estándar interamericano	85
2.2.4. Propuestas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido	87
2.3. Periodo de prueba: tres meses de indefensión	94
2.3.1. Evaluación en concreto del trabajador en su puesto: fundamento y finalidad del periodo de prueba	94
2.3.2. Naturaleza jurídica del acto extintivo durante el periodo de prueba	97
2.3.3. Críticas a la luz del estándar interamericano de protección contra el despido	99
2.3.4. Propuestas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido	101
Conclusiones	107

## Introducción

**Norbert Elias (2016), en su libro “El proceso de la civilización: investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas”, narra cómo el** movimiento civilizatorio por el que transitó la sociedad occidental estuvo caracterizado por la erradicación de aquellas conductas o formas primitivas en las relaciones humanas. Así, la introducción de una serie de reglas y modales en la vida cotidiana no constituyeron accidentes o anécdotas históricas, sino que formaron parte de un cambio profundo en la sociedad (Elias, 2016). Desde esta perspectiva, las imágenes de fuerza o violencia son desplazadas de los espacios sociales, a la par que el Estado concentra el monopolio institucionalizado de esta conducta. La impronta civilizatoria, así, da testimonio de cómo se suprime la agresión y cualquier símbolo de ésta entre las personas.

Si bien tradicionalmente se conceptualiza al Derecho del Trabajo como la regulación del poder social (Kanh-Freund, 1987), bajo el prisma propuesto por Elias es posible formular cierto replanteamiento. Desde esta perspectiva, las normas que gobiernan las relaciones laborales se pueden leer como un signo del proceso civilizatorio en la empresa<sup>1</sup>. En otras palabras, a través de estas reglas se busca controlar aquel poder privado que legitima la fuerza y autoridad de un sujeto en el marco de una relación desigual. Sin este balance, aquellas lamentables condiciones de trabajo documentadas en los primeros años del surgimiento del capitalismo industrial continuarían vigentes.

Bajo este símil, no cabe duda, la regulación del despido constituye un elemento gravitante. Sin ésta, no solo existiría un desbalance de poder en las relaciones laborales, sino que dicha facultad sería omnímoda. De ahí que a lo largo del siglo XX, siguiendo al proceso civilizatorio, la legislación haya introducido controles formales y materiales sobre este poder (Blancas, 2022). No obstante, la reforma laboral de Fujimori pareciera haber consolidado un modelo regresivo. Una comparación con las normas anteriores lleva a la conclusión que el símbolo de las reglas de civilización en el mundo del trabajo se ha vuelto, en el país, una **extraña figura, una suerte de “cuchillo sin hoja al que le falta el mango” (Abad, 2020).**

Tres lustros después, y luego de un cambio profundo en el sistema de fuentes y teoría general impulsado por la constitucionalización del Derecho del Trabajo, es importante preguntar por el cambio de paradigma en la protección contra el despido en base al parámetro constitucional y del sistema interamericano, así como su aplicación. No obstante, pese a su relevancia, esta pregunta no ha sido abordada. Una revisión de la literatura desde los formantes jurídicos -referentes que permiten conocer el Derecho de un determinado ordenamiento<sup>2</sup> (Sacco, 1991, p.24)- dan cuenta de dicha afirmación.

---

<sup>1</sup> Villavicencio, en un sentido similar al planteado, ha denominado al Derecho del Trabajo como un mecanismo de inclusión y redistribución del capitalismo (Rodríguez, 2011).

<sup>2</sup> Los tres formantes que plantea Sacco para conocer el funcionamiento de un determinado ordenamiento jurídico son el normativo, que hace referencia al derecho positivo; el doctrinario, que alude a las posturas e interpretaciones que plantea la academia; y el jurisprudencial, expresado en

A nivel constitucional e internacional, el análisis del formante normativo presenta dos datos centrales. El primero se relaciona al reconocimiento expreso del trabajo como derecho humano -y por lo tanto como parte de aquellos bienes jurídicos de la mayor jerarquía (Protocolo de San Salvador, 1988 y Constitución, 1993). El segundo, por otro lado, involucra mandatos que ordenan establecer garantías, las cuales enmarcan al sistema de protección contra el despido. De modo que, pese a que la Comisión de Trabajo del Congreso **Constituyente Democrático persiguió “redactar una Constitución [...] en favor de la flexibilización laboral” (Marcenaro, 1995, p.23)<sup>3</sup>**, se evidencia que existen, a nivel interno e internacional, mandatos expresos para tutelar al dependiente frente a los supuestos de terminación de la relación por voluntad del empleador.

La legislación laboral, a contracorriente de los estándares previstos en el bloque de constitucionalidad, plantea limitaciones al ámbito subjetivo de la protección contra el despido; establece medidas de protección -que luego se diluyen por la ausencia de consecuencias jurídicas ante el incumplimiento; impone la prevalencia de la reparación económica como regla general; entre otros aspectos. Tal diseño, cabe señalar, no evidencia una relación adecuada con las normas del bloque de constitucionalidad. Ahora bien, ello podría explicarse por un argumento de temporalidad: la LPCL fue promulgada en 1991, dos años antes de la Constitución.

Ambas perspectivas en el formante normativo dan cuenta de la importancia de abordar la pregunta planteada e invitan a reflexionar sobre el necesario rediseño del sistema de protección contra el despido. Sin embargo, evidenciar el desfase normativo en esta materia no resulta suficiente. Resulta importante dar cuenta del impacto y posible solución desde los otros dos formantes -doctrinario y jurisprudencial.

A diferencia del formante normativo, a inicios del siglo XXI, la jurisprudencia en materia laboral impulsó cambios significativos en el modelo de protección contra el despido. Sobre la base del control constitucional y la interpretación jurídica, el TC reestructuró la tipología y forma de reparación en los casos emblemáticos recaídos en los expedientes 1124-2001 AA/TC y 976-2001 AA/TC. Éstas sentencias, reconociendo la doble dimensión del derecho al trabajo –acceso a un empleo y conservación de éste- rescatan la exigencia de causalidad para todo cese. Como consecuencia de ello, el denominado «sistema de despido libre indemnizado» (Gorelli, 2011, p.26; Villavicencio 2012, p.329) que consagró la legislación fue corregido al proscribir la terminación incausada por parte del empleador.

La Corte Suprema, por otro lado, superó una interpretación literal del segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL sobre la indemnización -que fue predominante en la jurisprudencia y doctrina (Puntriano, 2016, p.21). Así, éste órgano jurisdiccional, en una tendencia jurisprudencial consolidada, admite la posibilidad de demandar una reparación por daño

---

los pronunciamientos de órganos jurisprudenciales, especialmente aquellos emitidos desde los altos tribunales.

<sup>3</sup> El autor citado fue el presidente de la comisión encargada de redactar los artículos de la Constitución relativos a los derechos laborales. Su opinión, en ese sentido, permite identificar aquellas posiciones políticas predominantes en la elaboración del referido capítulo.

moral en el despido. Tal camino, aunque carente de parámetros para su admisibilidad, continúa construyéndose hasta la fecha. Sin embargo, no puede negarse el mérito de este cambio que supera una interpretación de la reparación tarifada como única y excluyente, así como las críticas de la doctrina clásica del Derecho del Trabajo sobre el encarecimiento del despido (Ermida, 1983, p.57; Plá, 1987, p.257).

A las tendencias expuestas no debe dejar de incluirse un último pronunciamiento desarrollado por la Corte Interamericana en el caso Lagos del Campo vs. Perú. Éste resulta importante pues, además de admitir la posibilidad de judicializar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), desarrolla el estándar que deben cumplir los Estados en materia de estabilidad laboral en el sistema interamericano (Cajaleón, 2022; Canessa, 2018, p.146). Dicho Tribunal ha indicado que se debe, i) adoptar medidas para una debida regulación; ii) proteger al trabajador frente al despido injustificado; y iii) reparar la situación, sea a través de la reposición, con una indemnización u otras prestaciones previstas (Lagos del Campo vs. Perú, 2017). Resalta, además, que para este tribunal constituye un presupuesto lógico para cualquier cese la causalidad de la sanción, que se traduce en la obligación -por parte del empleador- de acreditar las razones suficientes para imponer el término de la relación (Lagos del Campo vs. Perú, 2017).

Hasta este punto, este estado del arte ofrece dos conclusiones preliminares. Primero, el formante normativo muestra que el sistema legal de protección contra el despido se encuentra anclado en un diseño vetusto y sin visos de ser modificado. Segundo, la perspectiva jurisprudencial muestra que los cambios introducidos están fundamentalmente enfocados en el alcance de las medidas reparatorias. Se observa, además, que la tendencia en este último aspecto consiste en aumentar los costos del despido, sea como medida de desaliento al empleador o para incentivar la reparación monetaria en lugar de la reposición. Esta preferencia, además, sigue el camino preestablecido por la LPCL de privilegiar la indemnización.

Finalmente, desde el formante doctrinario pueden evidenciarse dos tendencias. La primera se encuentra dedicada a estudiar y comentar la jurisprudencia más reciente. La otra, minoritaria, analiza institutos jurídicos, como el despido, desde un enfoque tanto laboral como constitucional. Esta tesis, toda vez que se dirige a perfilar cuál es el estándar de protección contra la terminación por parte del empleador, se enfocará solo en esta segunda corriente. El primer punto de la discusión sobre el diseño del sistema de protección en la doctrina ha sido a partir de la Constitución. Tres han sido los puntos principales en debate: (i) ¿cuál es la forma para establecer los mecanismos de tutela?; (ii) ¿cuál es el contenido mínimo que prescriben los mandatos constitucionales?; y (iii) ¿a qué forma de reparación se adscribe nuestro ordenamiento?

**Con relación al primer punto, se sostiene que la expresión “ley”, del artículo 27 de la Constitución, se debe entender en sentido amplio, incluyendo por tanto la posibilidad de legislar a través de un Decreto Legislativo (Castillo, 2017, p.100-101). Posición que se refuerza, además, con el hecho que el principal intérprete constitucional no ha indicado, expresamente, que se trate de una reserva legal estricta (SUTTP y FETRATEL vs Telefónica, 2001), ni que solo las leyes formales satisfagan las exigencias que demanda el principio de**

legalidad (*Rosalía Huatuco vs. Poder Judicial*, 2015). De modo que, en lo que refiere al cuerpo legal, desde la doctrina se considera admisible nuestra regulación.

La discusión sobre el contenido mínimo que prescribe nuestra Constitución surge a partir de la necesidad de frenar la arbitrariedad de las reformas laborales impuestas durante la década del noventa -que fueron, además, calificadas como una «desregulación salvaje» (Ermida, 2000). Así, y a partir de la exigencia de una «adecuada protección» la doctrina buscó llenar de contenido dicho término. Sin embargo, hay cierto consenso respecto a la libertad de configuración que tiene el legislador en esta materia (Blancas, 2022; Toyama, 2009). Y, como correlato de ello, quien sea el llamado a regular -Poder Ejecutivo o Legislativo- definirá la adscripción a un modelo de reposición específico.

A nivel legislativo, la doctrina se ha enfocado en ampliar la categoría de despido nulo, y su medida reparatoria, la reposición, a partir del criterio de lesión a los derechos fundamentales (Arce, 2021; Blancas, 2022). Posición que se respalda en la protección que impone el artículo 23 de la Constitución sobre todos los bienes constitucionales del dependiente, y no solo de aquellos que están amparados por el artículo 29 de la Ley (Blancas, 2022). Por su impacto en los denominados costos laborales se ha discutido, también, la validez del otorgamiento de una indemnización adicional a la establecida por ley. Para un sector de la doctrina (Toyama y Higa, 2016) este tipo de hipótesis exigen la necesaria lesión a otros bienes constitucionales para su procedencia<sup>4</sup>.

Ciertamente, como señaló José Almansa (1968) respecto de la doctrina española, la literatura jurídica sobre el despido es abundante. Pese a esta plétora, se evidencian dos aspectos a resaltar. Primero, no se cuenta con criterios de análisis ni marcos teóricos uniformes. Hay, en ese sentido, una dependencia por explicar el sistema exclusivamente desde el derecho positivo<sup>5</sup>. Segundo, las investigaciones en esta materia resultan muy dependientes de la coyuntura. Como consecuencia de ello, allí donde la jurisprudencia o la legislación son inmóviles, se halla escasa literatura académica.

Así, en base a lo expuesto, para abordar esta pregunta esta tesis propone una estructura de los sistemas de protección contra el despido. Esta se compone de cuatro elementos: (i) ámbito subjetivo; (ii) garantías de protección; (iii) medidas reparatorias; y (iv) medidas de protección a los ingresos. Como se puede notar, los primeros tres elementos atienden a la estructura tradicional de la protección a los derechos fundamentales, mientras que la cuarta una dimensión propia de las relaciones laborales. Este diseño, cabe señalar, está inspirado en el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo.

---

<sup>4</sup> Debe señalarse, sin embargo, que esta interpretación de las reparaciones económicas como excepcionales, son una tendencia minoritaria en la región (Martorell, 1985; Gamonal, 2012, p.169; Mangarelli, 2014, p.104).

<sup>5</sup> Esta característica es de larga data. Manuel Alonso Olea, en 1967, ya señalaba que la producción académica tenía un “gran apego al derecho positivo”.



Estructura de los sistemas de protección contra el despido
Elementos
Ámbito subjetivo
Garantías de protección
Medidas reparatorias
Medidas de protección a los ingresos

Elaboración propia

El ámbito subjetivo supone la demarcación o las fronteras en que se desenvuelve la protección contra el despido. En términos simples, consiste en preguntarse quiénes se encuentran protegidos por las normas. Si bien por tratarse de un derecho fundamental, reconocido por diversos instrumentos de derechos humanos y la Constitución, este debería tener un alcance universal, se puede observar en la LPCL y otras legislaciones en Iberoamérica que existen grupos excluidos o con tutelas diferenciadas. En ese sentido, a través del análisis de este criterio se busca identificar aquellos colectivos y estudiar los fundamentos y lógicas detrás de sus reglas especiales<sup>6</sup>.

Por otro lado, las garantías de protección hacen referencia a los parámetros de control que debe seguir el empleador al ejercer la facultad de despedir. De acuerdo con Collins (1992), este poder jurídico tiene componentes de justicia material y formal que requieren atención. En ese sentido, a través de este criterio se interpretan aquellos parámetros, tanto en sus alcances como límites. En suma, se trata de estudiar cómo se legitima la decisión empresarial en el marco de un sistema de relaciones laborales democrático.

Luego, las medidas reparatorias o remedios aluden a los mecanismos de tutela que ofrece el ordenamiento jurídico ante el despido. Aunque tradicionalmente se configuren entre las opciones de reparación por equivalente o *in natura*, cada diseño contiene una serie de reglas particulares para su percepción, cuantificación, entre otros. De esta manera, este criterio busca comprender no solo cómo se repara el despido, sino también el rol que desempeña esta medida en las relaciones laborales.

Finalmente, las medidas de protección a los ingresos engloban aquellas políticas laborales que buscan tutelar la situación económica del trabajador en un contexto de desempleo. Su inclusión como parte del sistema de protección contra el despido -a diferencia del resto de dimensiones o criterios mencionados- responde a un argumento histórico y práctico. La

---

<sup>6</sup> Este aspecto resulta de particular importancia debido al poco estudio que presenta la doctrina respecto a la materia. Las categorías especiales dentro del ámbito subjetivo de la protección contra el despido son una materia poco trabajada.

seguridad en los ingresos fue el foco de atención inicial en la legislación laboral. Tal enfoque luego transita hacia la protección en el empleo junto con el desarrollo del capitalismo industrial. Asimismo, este criterio es el único que se extiende a todos los supuestos de despido, sean estos válidos o no en base a los cánones mencionados. En síntesis, da cuenta de cómo responde el ordenamiento jurídico ante el hecho jurídico del desempleo.

En base a ello, la presente tesis se estructura en dos capítulos. El primero realiza una revisión de los modelos de protección contra el despido a nivel legal, constitucional e interamericano a partir de la estructura descrita. La separación de los dos últimos, cabe señalar, no responde a un motivo de incompatibilidad o discordancia. Por el contrario, se evidencia la relación de complementariedad y los espacios de discrecionalidad para los Estados parte en el caso del PSS. Por otro lado, la propia entidad del sistema legal atiende al hecho de su conflicto con los modelos supraleales, particularmente respecto al ámbito subjetivo -aspecto que luego será desarrollado en el capítulo dos.

Luego, el siguiente capítulo abordará los tres casos excluidos del ámbito subjetivo del sistema de protección contra el despido: los trabajadores a tiempo parcial; de dirección y confianza; y en periodo de prueba. Cada uno es abordado de manera individual, precisando las razones del régimen jurídico especial, enfatizando la fundamentación de su excepción de la tutela jurídica. Como parte de este análisis se propone la aplicación del estándar interamericano a fin de buscar ofrecer tutela jurídica a estas categorías, y se sugiere otras alternativas que permitan cumplir con las obligaciones internacionales y los mandatos constitucionales previstos en el ordenamiento.

Hasta este punto, considerando el desarrollo inicial de conceptos y contenidos, conviene realizar una precisión sobre los términos a emplear. Como se podrá observar, los conceptos de «despido», «cese», «terminación y extinción del contrato», entre otros, son utilizados indistintamente a pesar de sus diferentes acepciones<sup>7</sup> y valor normativo<sup>8</sup>. Su empleo, sin embargo, busca exclusivamente evitar la redundancia. Por tanto, salvo una mención expresa en el texto o pie de página, se referirán a un contenido distinto.

Por otro lado, con relación a la metodología, es necesario reparar en la justificación del enfoque empleado -la investigación dogmática centrada en el derecho positivo- y por qué se descartan otros formantes y técnicas. En primer lugar, se prescinde de la referencia jurisprudencial como herramienta de análisis por una razón metodológica y de importancia capital<sup>9</sup>: hace falta técnicas estadísticas que permitan realizar afirmaciones generalizables con un suficiente nivel de confianza. Rehuir de tales premisas impide una aproximación

---

<sup>7</sup> De igual manera se puede realizar la misma precisión respecto al empleo de «derecho al trabajo» y «estabilidad laboral» como sinónimos.

<sup>8</sup> El término «cese», por ejemplo, solo existe en el derecho positivo para referirse al despido colectivo, pero no para el individual. Sin embargo, su empleo en la presente tesis tiene como única finalidad y justificación evitar la redundancia.

<sup>9</sup> Este argumento, sin embargo, no es el único. Para estas investigaciones el tipo de muestra seleccionada resulta importante dada su diferencia cualitativa, por lo que se requiere cierto grado de justificación respecto a su selección. De lo contrario, solo constituye un expediente retórico para avalar una posición, sin mayor valor argumentativo.



objetiva al análisis de los pronunciamientos judiciales. Ignorar esta premisa, además, supondría caer en una selección antojadiza de muestras<sup>10</sup>, viciando los argumentos que se puedan hacer al respecto.

Asimismo, el empleo de otras metodologías se muestra poco efectivo para responder al problema planteado en esta investigación y aportar a los objetivos generales y específicos. Las investigaciones socio-jurídicas, por ejemplo, que involucran la participación de actores sociales y operadores del derecho, ofrecen otro tipo de conocimientos o perspectivas sobre el sistema de protección contra el despido. Desde estas técnicas, se podría estudiar otros aspectos del modelo como el análisis que realiza el juez sobre la configuración del despido en un caso concreto, pero no resultan idóneas para analizar cómo el diseño interamericano y constitucional interactúan con la legislación vigente y qué oportunidades brinda para cuestionar las leyes. Se procura, de esta manera, utilizar una metodología apropiada de acuerdo al problema y objetivos a desarrollar.

Por último, interesa resaltar el rol y valor que desempeña esta investigación en el Derecho del Trabajo. Al respecto, ello debe encuadrarse, de forma preliminar, en función a dos consideraciones iniciales que atienden a las particularidades del ordenamiento peruano. Estas son, por un lado, la inmovilizada –y por consiguiente desactualizada- legislación laboral. Por otro, la importante evolución jurisprudencial en el derecho interno e internacional en cuanto al reconocimiento y contenido de los derechos laborales específicos e inespecíficos.

A nivel de derecho individual del trabajo, la regulación no ha sido objeto de ninguna reforma sustancial desde la década de los noventa –caracterizándose, además, por tener un serio problema de sistematicidad dado que no contamos con una Ley General o Código. Esta primera consideración resulta de suma importancia en la medida en que el derecho positivo ha dejado de regular, de manera técnica, las cambiantes relaciones laborales, desatendiendo una serie de problemas irresueltos. A este primer dato se añade un segundo: la administración de justicia no solo ha asumido la responsabilidad de direccionar el estado de la cuestión de muchos institutos jurídicos de esta disciplina. En esta tarea resaltan los aportes del derecho constitucional e internacional, que deben ser observados a partir del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y la Décima Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

La tesis propuesta, a partir de estos dos datos macro, persigue dos fines. Por un lado, apunta a establecer directrices sobre el diseño del sistema de protección contra el despido que debería de atender el legislador ante una eventual reforma laboral. Por otro, se busca resaltar la importancia y alcances que tiene la jurisprudencia constitucional e internacional en esta

---

<sup>10</sup> Desde esta perspectiva, se pueden identificar, al menos, dos usos indebidos sobre la jurisprudencia. El primero implica generar una falsa imagen de representatividad y consenso jurisprudencial al citar solo aquellos que benefician una determinada postura. El segundo supone desarrollar un argumento, indicando que dicha postura se encuentra respaldada por la jurisprudencia, proyectando un sesgo de confirmación.

tarea. Se invita a reflexionar, de modo adicional, tanto sobre la concepción del trabajo en nuestra sociedad, como sobre su importancia social y económica.

A estas consideraciones iniciales, marcadas por el estado de la regulación de las relaciones laborales en Perú, debe sumarse, la relevancia de este trabajo para el Derecho del Trabajo y su impacto en el desenvolvimiento democrático del mundo laboral. La importancia de volver al estudio de la extinción de la relación de trabajo por voluntad del empleador parte de advertir que, en el ordenamiento peruano, la discusión doctrinaria, normativa y jurisprudencial ha girado, principalmente, en torno a las formas de reparación del despido –cuando éste es solo uno de los aspectos del sistema. Construir un modelo de tutela y analizar su aplicación, por el contrario, supone atender a mayores aristas, las cuales han sido desarrolladas a partir del Derecho Internacional del Trabajo.

Más aún, en un contexto en el que las grandes transformaciones económicas y sociales invitan a cuestionar los distintos institutos jurídicos del Derecho del Trabajo, investigar al respecto se hace apremiante. Con el estudio del sistema de protección contra el despido, una de las principales «zonas sísmicas» de esta disciplina, se busca perfilar tanto la consolidación de un modelo mínimo de tutela, como la existencia de criterios relativos al análisis de los casos individuales. Desde esta perspectiva, esta tesis apunta a contribuir a la realización de los principales valores de nuestro ordenamiento jurídico. De manera general, a la justicia social, y de modo específico a la seguridad jurídica.

Se añade, por último, una perspectiva interdisciplinaria. Al delimitar cómo funciona y cuáles son los alcances del sistema de protección contra el despido se incide sobre las formas de gestión de recursos humanos –como en la contratación, los procedimientos de sanción, entre otros. En tal sentido, por medio de éste estudio se desarrollan, por un lado, herramientas de balance y control para un correcto desarrollo de las relaciones laborales. Y, por otro, responder a la irreflexiva retórica de la flexibilización laboral que prima hoy en distintos foros.

Discutir sobre el sistema de protección contra el despido, en síntesis, involucra poner en relieve la reflexión y eventual modificación de nuestra legislación en esta materia. Permite, además, dar herramientas a la administración de justicia para el análisis de la diferente casuística que se presenta en el mercado laboral. Se aspira, así, a incidir de modo positivo en un mejor desenvolvimiento de las relaciones laborales en nuestro país.

**Finalmente, como Jorge Luis Borges, “espero que el lector descubra en mis páginas algo que pueda merecer su memoria; en este mundo la belleza es común”.**

## Capítulo uno

### Los modelos de protección contra el despido en el Perú: análisis en perspectiva histórico-jurídica

Como proceso histórico, la constitucionalización del Derecho del Trabajo supuso, en sus inicios, la proclamación<sup>11</sup> de una serie de libertades sin atender al desfase con la realidad peruana (Chipoco, 1981 y Quiñones, 2007). Fue a través de las leyes, principalmente, que se reconocían determinados derechos y obligaciones en materia laboral<sup>12</sup>. Situación que, por tanto, supeditaba la eficacia de los institutos jurídicos a la voluntad política de los poderes del Estado<sup>13</sup>. De ahí la necesidad de observar, de manera crítica, la evolución de las normas y de estudiarlas en su contexto<sup>14</sup>. Esta tarea persigue, en cuanto a la protección contra el despido, develar una tradición histórica, cuyo producto se vincula, de forma importante, con el análisis del modelo actual -que además debe armonizarse con las obligaciones internacionales en la materia.

Se propone analizar, en ese sentido, el andamiaje de la protección contra el despido desde una doble perspectiva: histórica y constitucional. Aporte que permitiría innovar tanto respecto de todo el sistema, como en ciertas dimensiones del instituto. Las posibles limitaciones al ámbito subjetivo del derecho, el contenido de las garantías, entre otros, son temas que han sido relegados por la academia. Y es que, situados permanentemente en un debate doctrinal enfocado en si es que corresponde la indemnización o reposición, pensar en términos de un modelo de protección contra el despido constituye un sendero poco explorado.

Así, este primer capítulo presenta tres acápites. El primero se dirige a reconstruir la evolución de los sistemas de protección contra el despido en Perú, enfatizando en aspectos claves de su diseño y que han perdurado en la legislación actual -o que presentan vestigios. Luego de consolidar la tradición histórica en que se reguló la estabilidad laboral de salida, corresponde contrastarla con una propuesta en clave de derecho constitucional. Para ello se incorporará una lectura y desarrollo teórico nacional e internacional. Finalmente, el tercer acápite presenta las obligaciones específicas derivadas del PSS.

---

<sup>11</sup> Esta proclamación, incluso, tampoco implicó el respeto de derechos fundamentales. La libertad de trabajo, una de las principales -y primeras- garantías laborales fue abiertamente transgredida por diferentes mecanismos sociales hasta poco más de mediados del siglo XX (Flores, 1993).

<sup>12</sup> Sostiene Blancas (2022), a propósito de esta situación, que al descansar el diseño de protección contra el despido en una norma legal su pervivencia en el ordenamiento tendrá como único límite que su alteración sea por una fuente del mismo rango.

<sup>13</sup> Muchas de las normas, en materia de estabilidad laboral, fueron expedidas a través de Decretos Ley, de manera que participaron en este desarrollo histórico tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo.

<sup>14</sup> Una investigación posterior podría complementar este análisis conjugando tres importantes dimensiones del trabajo y cómo se relacionan con la protección contra el despido. Una primera es el valor jurídico que se le asigna a este en el ordenamiento y a través de sus mecanismos de tutela -objeto del presente trabajo. Los otros dos son, de un lado, las concepciones sociológicas en torno al concepto de trabajo, y de otro, la valoración política del trabajo en la comunidad.

## 1.1. De la inexistencia a la concretización de un derecho: el movimiento pendular de la protección contra el despido en la legislación peruana

La valoración jurídica y política del trabajo no ha sido uniforme en la historia republicana de Perú<sup>15</sup>. La protección contra el despido, en ese sentido, ha transitado por un proceso de cambios formales y materiales -que en ocasiones ha tenido una marcada influencia ideológica y política. De ahí que Blancas (2022) sostenga que más que una evolución en la configuración del modelo, se observa un progreso en los mecanismos de tutela. Por ello, este autor propone una clasificación en tres etapas, en función a los límites que presenta la extinción unilateral por parte del empleador (Blancas, 2022).

El periodo histórico en que ubica la doctrina a la primera etapa es el inicio de la industrialización. Momento caracterizado, además, por ser previo al surgimiento del Derecho del Trabajo como conjunto de cuerpos normativos articulados por principios. Para esta época, postula Blancas (2022), se halla un poder absoluto para extinguir el vínculo laboral. Joaquín Pérez (2004, p.25-26) comenta que esta facultad, en el ordenamiento español, fue una salvaguarda ante la proscripción de las relaciones indefinidas que el Código Civil francés impuso con la finalidad de tutelar la libertad individual<sup>16</sup>, sin mayor límite que la comunicación<sup>17</sup>. Este primer periodo terminó con la Ley 4916, promulgada en el año 1924, durante el oncenio de Leguía.

Dada la importancia que tiene el despido en las relaciones individuales de trabajo, la segunda etapa consiste en condicionar el poder extintivo del empleador. Objetivo que se **expresa en diferentes manifestaciones como “el preaviso; las indemnizaciones; la prohibición de terminar la relación en determinados periodos; entre otros” (Blancas, 2022)**. No obstante, un sector importante de la doctrina ha cuestionado estos límites toda vez que no inciden en la eficacia del cese, sino que buscan restringirlo con el cumplimiento de ciertos actos o desembolsos dinerarios (Plá, 1978, 173). La Ley 4916, desde esta perspectiva, buscó introducir un modelo de límites económicos -el cual se expondrá en el siguiente subapartado.

Resulta importante traer a colación que a partir del cumplimiento de ciertos actos no se lograba controlar de una manera efectiva la facultad de extinción del empresario. De modo que, para avanzar hacia un concepto de despido excepcional, se requería introducir límites materiales. La exigencia de una causa justa, desde esta perspectiva, marca una nueva etapa

---

<sup>15</sup> El Derecho del Trabajo, tanto individual como colectivo, presenta de manera genérica, un proceso de evolución en normativa, el cual termina por consolidarse en su recepción por parte de instrumentos internacionales. Un claro ejemplo de ello es la identificación de las etapas de prohibición, tolerancia y reconocimiento que señala Villavicencio (2010, p.21) con relación a la libertad sindical.

<sup>16</sup> Resulta interesante apuntar una distinción de esta finalidad en clave de derecho laboral. Y es que, solo la renuncia del dependiente permite garantizar la protección a la libertad personal. Así, lo que se estaría tutelando, en el caso del empleador, es la libertad contractual (Pérez, 2004, p.25-26).

<sup>17</sup> Aunque con un trasfondo jurídico y social diferente, la doctrina del *employment at will* norteamericano también tiene como fundamento que en las relaciones indeterminadas las partes puedan terminar el vínculo contractual de manera libre e inmotivada (Cano, 2000 y Gómez, 2009).



en el diseño de un sistema de protección. En Perú, este fue positivizado, por primera vez, en 1970 con el Decreto Ley 18471.

Sobre la base de la propuesta de enfocar el análisis en etapas, se presentarán los hitos legislativos más importantes que representen al poder limitado y excepcional que caracterizaba la doctrina. Este análisis será acompañado de referencias históricas y sociales importantes a fin de entender el contexto y finalidad de la regulación. Además, se empleará una sistematización desde cuatro aristas: (i) ámbito subjetivo; (ii) garantías de protección; (iii) medidas reparatorias; y (iv) medidas de protección a los ingresos.

### 1.1.1. Del poder absoluto al limitado. Introducción de restricciones económicas al poder del empleador: Ley 4916

Previo al oncenio de Leguía, la regulación de las relaciones laborales se sujetaba a las normas del Código Civil y Código de Comercio, aunque con excepciones específicas de rango infralegal<sup>18</sup>. El impulso de la denominada legislación social, en ese sentido, representó un aspecto importante en la política del gobierno al inicio de la década de los veinte. Así, entre las normas emitidas, destacan por su importancia y a efectos de esta investigación, la Ley 4916, promulgada el siete de febrero de 1924.

Durante el periodo previo a la Ley 4916, libertad en la determinación de la continuidad del vínculo constituía una nota característica -que luego será objeto de distintas matizaciones con el devenir del tiempo. La intensidad de esta característica resulta evidente en aquellas relaciones indefinidas, pues éstas solo se encontraban sujetas a la exigencia de un preaviso de treinta días. Tratándose de contratos temporales, por otro lado, aquella ruptura que no se sustente en una «causa especial»<sup>19</sup> podía ser objeto de una demanda por daños y perjuicios. Bajo este sistema se identifica, además de una importante premisa de igualdad entre los contratantes, una tendencia hacia la reparación de carácter económico en el caso de los contratos temporales.

El siete de febrero de 1924, se promulga la Ley 4916<sup>20</sup>, que modificó el Código de Comercio reestructurando el preaviso como control formal al poder extintivo del empleador. Así, esta obligación, en beneficio del trabajador, contaba con un mayor plazo: noventa días. Cabe señalar que, en los supuestos de incumplimiento de este requisito, el empleador debía asumir el costo económico de dicho periodo. Además de ello, la Ley también contempló el derecho a una compensación escalonada según el tiempo que haya durado la relación -la

---

<sup>18</sup> Previo al oncenio el grueso de la normativa social se ubica en los Decretos Supremos -salvo honrosas excepciones como la Ley 1378 sobre accidentes de trabajo que elaboró e impulsó José Matías Manzanilla. Tal hecho que permite evidenciar el conservadurismo o desidia que tuvo el Poder Legislativo en dicha época en cuanto a la cuestión social (Ramos, 2015, p.95).

<sup>19</sup> Resulta interesante notar que los motivos previstos por el Código de Comercio pueden ser leídos en clave de «falta grave laboral», y encuentran, además, una tipificación actual. Es el caso de la competencia desleal (inciso d) del artículo 25) y los actos de violencia (inciso f) del artículo 25).

<sup>20</sup> Por medio de esta ley también se incluyeron otros importantes derechos como los subsidios por defunción o invalidez y el seguro de vida. Será, sin duda, una parte de los cimientos de la legislación laboral del siglo XX.

cual tenía un tope de doce sueldos por un periodo de 25 a 30 años. Reiterando una previsión del Código de Comercio, se exonera de ambas obligaciones al empleador que termine la relación por «causa especial», pero no circunscribiendo ésta a los tres supuestos previstos por la norma citada, sino que se amplía el concepto, dejando al órgano jurisdiccional determinar su configuración sin mayores elementos típicos (Arce, 2015). Nótese, por tanto, que para esta época el despido continuaba siendo una decisión libre y carente de controles materiales<sup>21</sup>.

Cuatro años más tarde se emitirá el reglamento de esta norma, por medio de la Resolución Suprema de fecha 22 de junio de 1928<sup>22</sup>. En esta se introdujeron importantes aspectos en cuanto a la protección contra el despido -y que aún perduran en la legislación. Se precisan, en primer lugar, dos exclusiones en el ámbito subjetivo: una por la cantidad de horas trabajadas (tiempo parcial), y otra por el inicio de la relación (periodo de prueba)<sup>23</sup>. Además, se tipifica el abandono del empleo como la ausencia por más de tres días. También contiene importantes reglas en cuanto al procedimiento. Las principales son que el preaviso requerirá de una formalización escrita y que además implica otorgar al trabajador facilidades para que éste pueda buscar otro empleo.

Se asienta, con este primer sistema, la obligación de preaviso como una de las garantías primigenias -aunque no la principal- de la protección contra el despido. Así, puede identificarse, en el diseño, la funcionalidad de esta obligación como un mecanismo que facilite al trabajador conseguir otro empleo. En tal sentido, muestra el legislador una preocupación hacia el desempleo, e intenta ofrecer una forma de apoyo en el tránsito de un puesto de trabajo a otro -aminorando, incluso, su posible impacto económico (Beltrán de Heredia, 2008, p.81). A tal fin también coadyuva sancionar el incumplimiento del preaviso con el pago por el periodo de tiempo que éste comprende. Esta dimensión también puede encontrarse en la compensación por tiempo de servicios, que muestra mucho más una preocupación por un aseguramiento de ingresos que por la reparación frente al despido<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Vale resaltar que, pese a su simple diseño, esta norma fue incumplida sistemáticamente. Por ejemplo, se arguyó que el ámbito subjetivo solo abarcaba a los empleados de comercio y no, por tanto, a las industrias o empresas agrícolas (Ramos, 2015, p.98). Fue recién en mayo de 1930 que se precisó por medio de la Ley 6871 una mayor cobertura de la protección legal. Mariátegui (1973, p.150) llegó incluso a sostener que, sin importar el tamaño del empleador, todos ignoraban las disposiciones de la Ley.

<sup>22</sup> Esta norma también será la que introduzca en el ordenamiento laboral peruano al denominado actualmente “acto de hostilidad”. Institución que fue denominada originalmente como despido indirecto y que tipificó la sanción de determinadas conductas empresariales que atenten contra la relación de trabajo (maltrato) u obligaciones (rebaja de sueldo, incumplimiento de deberes pactados y cambio de colocación).

<sup>23</sup> Producto de las discusiones interpretativas sobre el alcance del periodo de prueba se promulgó el Decreto Legislativo 14218, de octubre de 1962. En el cual se reconocía la compensación a razón de un dozavo de la remuneración por cada mes de trabajo. Y adicionalmente, se precisó que aquellos que ingresaran por concurso, examen o se reincorporen al centro de labores se encontraban exonerados. Para una mayor discusión sobre la configuración del periodo de prueba remitimos al subcapítulo 2.3.

<sup>24</sup> Puede observarse que en esta etapa primigenia, el desempleo -y no la pérdida injusta del trabajo- se plantea como un problema en el sistema de relaciones laborales. Por ello, puede observarse que

A manera de síntesis, el sistema de protección previsto en la Ley 4916 puede resumirse en el siguiente cuadro:

Primer sistema legal de protección contra el despido (Ley 4916)		
	Regla general	Excepciones
Ámbito subjetivo	Trabajadores de comercio	Tiempo parcial Periodo de prueba
Garantías de protección	Preaviso de noventa días	Exoneración en caso de «causa especial»
Medidas reparatorias	No indica	
Medidas de protección a los ingresos	Compensación por tiempo de servicios escalonada en función a la antigüedad	

#### 1.1.2. La introducción de límites materiales: Decretos Ley 18138, 18471 y 22126

Marcada por una serie de reivindicaciones de corte social, las fuerzas armadas, lideradas por Juan Velasco, asumieron el gobierno peruano en 1968. Así, la transformación de la sociedad, por medio de reformas estructurales y políticas redistributivas, fue el principal sello de este periodo (Cook, 2007, p.111). Tal orientación, en materia laboral, se expresó en el otorgamiento al trabajador de mayor poder al interior de la empresa a través, por ejemplo de las comunidades industriales<sup>25</sup>, así como del establecimiento de garantías de protección a la estabilidad laboral en sus dos dimensiones: de ingreso o entrada y de salida.

La primera norma de singular relevancia fue el Decreto Ley 18138, de febrero de 1970, que se aboca a la temporalidad de las relaciones de trabajo. Dispone esta norma que los contratos temporales solo podrán pactarse para aquellas relaciones que tengan esa misma naturaleza (principio de causalidad en la contratación). Impone de pleno derecho, además, la transformación a vínculos indefinidos cuando no se cumpla la correlación enunciada. Nótese

---

las medidas en cuestión apuntan a dos preocupaciones básicas: (i) la protección económica ante una situación de ausencia de trabajo; y (ii) la obtención de un nuevo empleo.

<sup>25</sup> A través de esta forma de organización, se buscó que la masa laboral se comprometiera con el desarrollo industrial. Para ello se buscó otorgar participación en la gestión de la propiedad, organización y obtención de rentas en la empresa. De acuerdo con Stephens (1980, p.240), la introducción de estas medidas fue una respuesta ante la amenaza creciente de inestabilidad y rebelión.



que esta severidad fuerza el estricto respeto al principio de causalidad, y es reforzado, más aún, con el requisito de formalidad escrita y autorización administrativa.

De otro lado, ese mismo año, el modelo libre de despido sujeto a reglas formales, consagrado durante el gobierno de Leguía y que perduró durante décadas en el Perú, será objeto de grandes cambios. Este proceso iniciará con el Decreto Ley 18471, promulgado en noviembre. Los dos cambios más resaltantes -que guiarán, además, el resto de reformas- serán: (i) la adscripción al modelo causalizado de despido<sup>26</sup>; y (ii) la introducción de remedios específicos como la reposición e indemnización.

Restringir la terminación por parte del empleador a una causa justa supuso delimitar las fronteras del poder sancionador empresarial. De ahí que el legislador prefirió tipificar la denominada «falta grave laboral», en lugar de definir esta por medio de una cláusula general o dejar su determinación al órgano jurisdiccional -como en la Ley 4916. Entre los nueve supuestos previstos por la norma, destaca el dirigido a sancionar la falta de diligencia u omisión en la ejecución de las obligaciones laborales, siempre que generen riesgos u ocasionen daños. Causal que constituye el antecedente más remoto del actual «quebrantamiento de la buena fe laboral»<sup>27</sup> y que permitiría explicar mejor, desde una perspectiva histórica, su formulación y finalidad.

Además de tal tipificación, según el diseño legal, el empleador deberá comunicar por vía notarial la causa de despido y la fecha de término de la relación contractual. Y, si bien no hay una consecuencia jurídica prevista ante su omisión, se señala que la decisión deberá cursarse luego de conocer o haber investigado los hechos. No existía, así, posibilidad de objetar al interior de la empresa la decisión de terminar la relación laboral. Todo cuestionamiento sería posterior. De este modo, en sede judicial, cuando la causa no resultara acreditada, el trabajador podía optar entre dos remedios: (i) la reposición en el puesto de trabajo más los devengados; o (ii) una indemnización equivalente a tres remuneraciones más los devengados. Es así que, desde hace cincuenta años, el Perú se adscribe a un modelo causalizado de despido.

En ese sentido, es importante insistir en que, por la adscripción a un modelo causalizado de despido, el deber de acreditar la falta grave es constitutivo para habilitar esta facultad. Por tanto, no es posible alegar la comisión de faltas ficticias o poco precisas con la finalidad de terminar la relación laboral. Un supuesto como el planteado constituye un fraude (Atienza y Manero, 2000). En ese sentido, lo que esta Ley -y la actual- regulan como despido ilegal es un caso en donde el empleador no ha acreditado plenamente la configuración de una causa justa de despido, lo que exige suficiencia material (proporcionalidad) y probatoria.

En los años previos a esta importante reforma, durante la década de los sesenta, la OIT trabajó en el diseño del primer modelo internacional de protección contra el despido. Tarea

---

<sup>26</sup> Tendencia que había iniciado en la Europa de la posguerra y con una recepción importante en países de tradición jurídica romano germánica como Italia y España (Ojeda, 1980, p.467-468).

<sup>27</sup> Será la siguiente norma, el Decreto Ley 22126, la que modifique la tipificación de “omisión o descuido en el cumplimiento” a “incumplimiento injustificado de obligaciones”. Supuesto que resulta más preciso a efectos de determinar qué tipo de acciones deben ser sancionadas.

que terminó por cristalizarse en la Recomendación 119 (1963). Visto desde esta perspectiva, el diseño peruano sigue ciertos lineamientos, pero presenta también particularidades. Coinciden, por ejemplo, en que la tutela al trabajo debe ser general. De igual manera, se recogen los motivos de extinción por iniciativa del empleador -conducta, desempeño y razones empresariales. Sin embargo, hay una marcada diferencia en términos de medidas reparatorias. Mientras que en la Recomendación hay una preferencia expresa por la reposición, el modelo peruano permite que el trabajador decida la forma de reparación.

Ocho años más tarde, el gobierno militar de Morales Bermúdez promulgó el Decreto Ley 22126, en el mes de marzo, con sustanciales modificaciones al modelo previo, que dificultaron la finalidad del sistema. Destaca entre las modificaciones, primero, el acotamiento del ámbito subjetivo. La norma positiviza la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial y en periodo de prueba, además de fijar una suerte de tiempo de adquisición de tres años<sup>28</sup> (Blancas, 2022). No obstante, por disposición legal, los dirigentes sindicales estaban protegidos por la norma aun cuando no cumplieran el periodo exigido, en razón de la tutela jurídica a la libertad sindical.

Las medidas reparatorias, en segundo lugar, si bien continuaron, fueron acotadas cuantitativamente a través de topes. Por concepto de devengados, la ley dispuso un máximo de seis remuneraciones. Con relación a la indemnización, esta reparación se fijó en doce sueldos. Asimismo, se estableció un plazo de treinta días para demandar, ante la autoridad correspondiente, la reposición. Un último aspecto a resaltar es la previsión de pena privativa de la libertad contra hechos fraudulentos que impidan la reposición.

Pese a no ser, de manera formal, parte del sistema de protección contra el despido, esta norma estableció una serie de limitaciones a las modalidades contractuales con la finalidad de evitar que éstas se utilicen para eludir la tutela al trabajo. En otros términos, se incorporaron reglas dirigidas a evitar fugas o conductas evasivas del ordenamiento. Así, se fijaron topes para la cantidad de dependientes en periodo de prueba y que laboren menos de cuatro horas. Estas limitaciones serán recogidas y reforzadas en la reforma de 1986, en donde se establecerá, además, un tope de 15% para los cargos de confianza.

Muestran estas normas, por tanto, que con la introducción del principio de causalidad, el despido pasa a ser objeto de un control material estricto. A diferencia del modelo previo, cuyas faltas graves se regularon de manera atípica y desligada de la validez del cese, con los Decretos Ley citados vira este paradigma. La formalidad escrita pasa no solo a dar certeza sobre la fecha de término del contrato, pues, al incorporar la justificación permite delimitar los alcances de la posterior impugnación en sede judicial. No obstante, ambos cuerpos normativos también presentan ciertas objeciones de cara a garantizar un adecuado análisis

---

<sup>28</sup> Cuando se despedían a los trabajadores durante el “periodo de adquisición”, la norma establecía un preaviso de noventa días, y cuyo incumplimiento generaba una indemnización por la misma cantidad de tiempo. Blancas (2022) sostiene, a propósito de ello, que este intervalo de tiempo dejaba desprotegido al trabajador al ser, la notificación previa, una de las más simples y débiles limitaciones. Arce (2015), en un sentido similar, postula que este periodo supuso el retorno al sistema de la Ley 4916.

de causalidad. Por ejemplo, no se incluyen reglas sobre la prescripción de las faltas del trabajador.

A manera de resumen, el sistema de protección de los Decretos Ley 18471 y 22126 puede resumirse en el siguiente cuadro:

Segundo sistema legal de protección contra el despido (Decreto Ley 18471 y 22126)		
	Reglas generales	Excepciones
Ámbito subjetivo	Trabajadores de la actividad privada	- Tiempo parcial (Ley 18471 y 22126) - Periodo de prueba (Ley 18471 y 22126) - Tres años como tiempo de mínimo de servicios (Ley 22126)
Garantías de protección	Principio de causalidad (Ley 18471 y 22126)	No indica
Medidas reparatorias	A elección del trabajador: 1. Reposición y devengados (seis remuneraciones máximo) 2. Indemnización (tres remuneraciones) y devengados (seis remuneraciones máximo) (Ley 22126)	Despido justificado
Medidas de protección a los ingresos	Compensación por tiempo de servicios escalonada en función a la antigüedad	No indica

### 1.1.3. La constitucionalización de la estabilidad laboral y los avances en la construcción de un sistema de protección: Constitución de 1979 y Ley 24514

Hasta antes de la Constitución de 1979 -como se ha revisado- la protección contra el despido carecía de una referencia explícita en la Carta Política. Situación que, de modo evidente, no aseguraba estándares mínimos para la tutela del trabajo. Con su positivización, junto a un importante cambio constitucional, la denominada estabilidad laboral se consolidará en el marco jurídico diseñado para regir las relaciones laborales (Sanguinetti, 1989, p.89). Y cuyo efecto más importante fue, siguiendo a Sanguinetti (1989, p.89), encuadrar al poder

empresarial en una serie de límites destinados a garantizar el derecho al trabajo -por medio del cual se podrán efectivizar, además, otros bienes constitucionales<sup>29</sup>.

Para el Constituyente de 1979, el trabajo ostenta un valor social y jurídico muy esencial para la Nación -llegando a señalar, incluso que es el fundamento del Estado y de la riqueza<sup>30</sup>. De ahí que consolidó un capítulo particular y extenso en el reconocimiento de importantes derechos laborales específicos. Entre estos, interesa destacar la estabilidad laboral y su contenido en esta Carta Política. La disposición específica presentaba, por un lado, un aspecto declarativo del derecho, y por otro, los contenidos de su regulación (Sanguinetti, 1989, p.90). Estos últimos enfocados a causalizar<sup>31</sup> el despido y disponer de un sistema de revisión.

Pese al importante avance reseñado, la constitucionalización expresa de la estabilidad laboral no conllevó de manera inmediata -o próxima- su revisión legal. Será recién en junio de 1986, durante el primer gobierno de Alan García, que el sistema de protección contra el despido se reformará conforme a los cánones constitucionales. Un aspecto a destacar, desde el plano formal, es la modificación por medio de una Ley promulgada por el Poder Legislativo. Recuérdese que las regulaciones anteriores tuvieron una marcada intervención del Ejecutivo. De esta manera, resulta importante reconocer la legitimidad política y social que tenía esta norma.

No obstante, este avance también tuvo un retroceso o erosión significativo. A finales de julio de 1986 se creó, mediante el Decreto Supremo 018-1986-TR, el Programa Ocupacional de Emergencia (PROEM). Esta política tenía como finalidad fomentar la generación de empleo a través de la contratación temporal, y aunque estaba limitada en el tiempo, fue renovada sucesivamente. Cabe señalar que la Corte Suprema, en el marco de un proceso de control abstracto, declaró su conformidad con el ordenamiento porque implicaba un régimen de contratación paralelo, además de ser una medida extraordinaria y temporal. Fue así que se inició la tendencia flexibilizadora en materia de contratación temporal en el país.

Ahora bien, desde una mirada del ámbito subjetivo, la Ley 24514, no plantea modificaciones importantes. Mantiene la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial y en periodo de prueba. Sin embargo, introduce una exoneración de este último a quienes hayan ingresado por un concurso, y a quienes se reincorporen a un centro de trabajo anterior. Será en el

---

<sup>29</sup> A partir de la consolidación de los derechos laborales específicos, se discutió, a nivel conceptual, cuál era el más importante de estos. Autores como Ermida (2012) identificaron que, tanto la estabilidad laboral como la libertad sindical resultan esenciales para el desenvolvimiento de un modelo de relaciones laborales democrático.

<sup>30</sup> El texto, literalmente, señala lo siguiente: “Artículo 79.-El Perú en una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo [...]”.

<sup>31</sup> La Constitución adoptó el término «causa justa de despido» que, desde 1963, había reconocido la OIT en la Recomendación 119. No obstante, a nivel legislativo, la clasificación de este concepto no fue trasladada de manera clara. En el artículo 4 de la Ley 24514, si bien se enuncian diferentes motivos justificados, estos no se encuentran ordenados en función a su categoría (por capacidad, conducta, o por razones de funcionamiento de la empresa). Este diseño, además, ya se había previsto en el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT (1982).

procedimiento de despido en donde se encontrarán mayores cambios. Luego de conocer la comisión de una falta grave, la empresa deberá comunicar de esta situación al dependiente. Hecho que, además, supone que el trabajador ejerza su derecho de defensa respecto de la imputación en un plazo de seis días. Solo una vez terminado este trámite se podrá terminar la relación. En suma, se instaura una etapa disciplinaria en el interior de la empresa, que además, condiciona la validez del despido de manera expresa (Blancas, 2022).

Otro cambio en este nuevo modelo es el relativo a las medidas reparatorias. Si bien la elección de estas continúa siendo una opción del trabajador, para elegir la reposición se debía demandar en el plazo de treinta días -de lo contrario tal posibilidad se perdía. La indemnización, por su parte, se calculará en función al tiempo de servicio en la empresa y en rangos de antigüedad, llegando a un tope de doce remuneraciones. Vale precisar que los trabajadores de confianza sí tenían protección contra el despido, pero solo podían ser indemnizados.

Con relación a la estructura de las indemnizaciones, esta se ordena de la siguiente manera:

Estructura de las indemnizaciones (Ley 24514)			
Rango de antigüedad	3 meses - 1 año	1 año - 3 años	3 años a más
Indemnización	3 remuneraciones	6 remuneraciones	12 remuneraciones

A manera de resumen, el sistema de protección de la Ley 24514 puede resumirse en el siguiente cuadro

Tercer sistema legal de protección contra el despido (Ley 24514)		
	Reglas generales	Excepciones
Ámbito subjetivo	Trabajadores de la actividad privada	Tiempo parcial Periodo de prueba (exoneración en caso de concursos y reingreso a la empresa)
Garantías de protección	Carta de despido Principio de causalidad	No indica
Medidas reparatorias	A elección del trabajador: 1. Reposición y	Despido justificado



	devengados; 2. Indemnización (doce remuneraciones máximo) y devengados	
Medidas de protección a los ingresos	Compensación por tiempo de servicios en función a la antigüedad	No indica

#### 1.1.4 Un gran cambio: el Decreto Legislativo 728

La herencia de un país sumergido en una profunda crisis social y económica, durante la gestión de Fujimori, sirvió como justificación para flexibilizar el control y los límites al poder político, así como para debilitar la posición de los trabajadores. Así, y con la impronta de una orientación neoliberal, se emprendieron una serie de reformas de hondo calado en la Nación, y que en materia laboral, significó el desbalance de las relaciones laborales y la erosión del movimiento sindical (Cook, 2007, p.121).

Así, durante los primeros años<sup>32</sup>, este gobierno impulsó una profunda reforma laboral en materia individual y colectiva, orientada, de forma expresa, por las tendencias flexibilizadoras del Derecho del Trabajo. A partir de esta perspectiva, y al amparo del fomento del empleo y la movilidad laboral, se buscó justificar un «nuevo equilibrio» en las relaciones laborales y, en particular, en materia de protección contra el despido. Esto último partía, además, del rechazo a la estabilidad laboral por caracterizarla como «una suerte de propiedad del puesto de trabajo» (Decreto Legislativo 728).

Desde sus inicios, un sector importante de la doctrina nacional<sup>33</sup> (Neves, 1991) cuestionó estos cambios normativos por su manifiesta incompatibilidad con el modelo previsto en la Constitución de 1979. De ahí que Óscar Ermida, tiempo después, califique a estas reformas como «desregulación salvaje» -dado la severa alteración del balance de las relaciones laborales, así como su imposición unilateral (Tostes y Villavicencio, 2012). Cabe señalar que, al continuar vigente gran parte de las normas emitidas, la impronta de estas perdura, siendo su santo y seña la temporalidad de las relaciones individuales de trabajo<sup>34</sup> (Tostes y Villavicencio, 2012) y la atomización de las negociaciones colectivas (Villavicencio, 2015).

<sup>32</sup> Un antecedente muy importante al régimen laboral, y que se incorporó meses después que Fujimori asumiera el gobierno, es el introducido por el Decreto Supremo 077-90-TR. Esta norma, enfocada en la contratación temporal, extendía los supuestos de contratos a plazo fijo, imponiendo una duración máxima de un año -el cual se podía prorrogar sin ningún límite expreso.

<sup>33</sup> La magnitud de la reforma fue también objeto de análisis en función de los institutos jurídicos del Derecho del Trabajo. Así, por ejemplo, se estudió, de manera crítica, el régimen de contratación temporal (Sanguinetti, 1992) y de despido (Blancas, 1995).

<sup>34</sup> El fenómeno de la temporalidad de las relaciones laborales, conviene señalar, no es exclusivo de la realidad peruana. Muy por el contrario, se enmarca en las políticas generales de flexibilización

Pese a la recurrente insistencia en la flexibilización de las normas laborales, las modificaciones en cuanto al sistema de protección contra el despido fueron puntuales, aunque de hondo calado. Así, se reiteraron ciertos aspectos como las históricas excepciones al ámbito subjetivo; los actos de hostilidad<sup>35</sup>; la clasificación de las causas justas<sup>36</sup>; el listado de faltas graves<sup>37</sup>; y el procedimiento interno en la empresa. No obstante, serán las medidas reparatorias el objeto principal de la reforma que emprende el Decreto Legislativo 728 -y que perdura hasta la fecha (Blancas, 2022).

Empiezan estos cambios introduciendo dos novísimas categorías de despido: (i) nulo; y (ii) arbitrario, clasificación que resulta importante por dos razones: la primera es por los supuestos de hecho que regulan cada una. Mientras que el primero se configura a partir de una lista cerrada de derechos fundamentales que se vulneran con la terminación<sup>38</sup>, el segundo comprende al cese cuyo motivo no fue debidamente acreditado y al que carece, en absoluto, de causa (*ad nutum*). Las medidas reparatorias también se articulan en función a esta diferencia: reposición para el primer caso; e indemnización para el segundo -calculada en función a una remuneración y media por año de trabajo. En otros términos, la Ley elimina la posibilidad que el trabajador sea quien elija la medida reparatoria, y la impone. Ambas categorías, vale señalar, se sujetan al mismo plazo de caducidad de treinta días.

Hay, finalmente, dos cambios de orden procesal que, por su incidencia en las medidas reparatorias y garantías de protección deben mencionarse. En primer lugar, la legislación habilitó al juez a sustituir la reposición en el puesto de trabajo por la indemnización cuando estime que esta no resulta conveniente «dadas las circunstancias»<sup>39</sup>. Y, en segundo lugar,

---

laboral, adoptadas por diversos países, y cuyos fines apuntan a la reducción de costos laborales y la erosión de la autonomía colectiva (Gómez, 2014).

<sup>35</sup> Resulta interesante destacar, al respecto, que el artículo pertinente caracteriza a estos como “equiparables al despido”. Tal equivalencia lleva a cuestionar la necesidad de tipificar mediante una lista taxativa de conductas, los supuestos mediante los cuales el empleador buscaría forzar la terminación de la relación de trabajo. Este diseño, de cara a la tutela del trabajador, sería más efectivo si solo se definiera los elementos comunes a este tipo de comportamientos del empleador. Una opción como ésta facilitaría, por ejemplo, que el traslado geográfico sea considerado acto de hostilidad sin la necesidad que el demandante acredite la «deliberada intención de causar perjuicio».

<sup>36</sup> Una novedad introducida por este sistema son las causas relacionadas a la capacidad del trabajador (Blancas, 2022). Como se hizo referencia antes, los sistemas de protección contra el despido previos no habían legislado sobre todos los tipos de «causa justa» reconocidos por la OIT.

<sup>37</sup> Entre la nueva lista de faltas graves, se observan dos cambios en el inciso relativo al incumplimiento de obligaciones: (i) se suprime la exigencia de sancionar solo cuando el comportamiento sea injustificado; y (ii) se vincula esta conducta al «quebrantamiento de la buena fe laboral». Este cambio hacia un análisis más subjetivo probablemente es una de las razones por las cuales en la práctica jurídica se alega, en la mayoría de casos, este inciso.

<sup>38</sup> Para Blancas (2022), los derechos fundamentales considerados por el legislador son solo tres: (i) libertad sindical; (ii) no discriminación (con una mención específica al sexo; a las personas en situación de discapacidad; y a los portadores de VIH/SIDA); y (iii) el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Un sector minoritario sostiene que el único derecho tutelado es la igualdad y no discriminación. Sin embargo, dicha propuesta no termina por explicar los bienes jurídicos protegidos en los incisos b) y c) de la norma (Jiménez, 2007, p.172).

<sup>39</sup> Regulación que fue severamente cuestionada por la doctrina, en primer lugar, por la poca precisión de la habilitación legal. Y, en segundo lugar, por la incoherencia que suponía de cara a la tutela de



suprimieron las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las formalidades del despido. Situación que se agravó, además, por el hecho de que la omisión de estas obligaciones, según este diseño, no inhibe al juez de resolver la controversia.

Visto el sistema desde esta perspectiva se evidencia que el Decreto Legislativo 728, en términos de medidas reparatorias, cercenó la reposición mediante tres cambios: (i) la imposición de la indemnización como regla general; (ii) la potestad del juez de variar la forma de reparación en contra de la restitución; y (iii) la diferente distribución de la carga de la prueba en los casos de despido nulo. Por otro lado, conviene señalar que este modelo terminó por imponerse a todos los trabajadores a través de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Ley 26513, la cual solo admitía la vigencia de la norma anterior si es que se hubiera pactado ello en el contrato de trabajo.

Finalmente, por su estrecha relación con la protección contra el despido, no se puede dejar de mencionar la severa afectación a las reglas de contratación temporal (estabilidad laboral de entrada). Este aspecto es fundamental pues, como se ha encargado de precisar la doctrina nacional (Tostes y Villavicencio, 2012), se ha generado impactos perversos sobre la estructura contractual del trabajo asalariado, generando que los contratos temporales sean la forma prevalente de contratación.

A manera de resumen, el sistema de protección del Decreto Legislativo 728 puede resumirse en el siguiente cuadro

Cuarto sistema legal de protección contra el despido (Decreto Legislativo 728)		
	Reglas generales	Excepciones
Ámbito subjetivo	Trabajadores de la actividad privada	Tiempo parcial Periodo de prueba
Garantías de protección	Principio de causalidad Procedimiento interno de despido (sin consecuencias por su incumplimiento)	Flagrancia
Medidas reparatorias	Despido nulo: Reposición y devengados Despido arbitrario: Indemnización tarifada	Despido justificado

derechos fundamentales como los listados en los casos de nulidad de despido (Blancas, 1995, p.197).

Si bien se desconoce mucho de las referencias normativas utilizadas para la elaboración de la LPCL, esta facultad sí tiene un referente claro. La Ley Procesal Laboral española de 1980 (RDL 1568/1980) contenía una disposición idéntica a la descrita.

Medidas de protección a los ingresos	Compensación por tiempo de servicios en función a la antigüedad	No indica
--------------------------------------	---	-----------

### 1.1.5 Ordenando las piezas: balance histórico de la evolución del modelo de protección contra el despido en el Perú

Una revisión de los distintos sistemas de protección contra el despido, primero, debe pasar por evidenciar una tendencia hacia una mayor o menor intensidad en la tutela del trabajo. Muestra de ello es, entre otros aspectos, la extensión del ámbito subjetivo a todos los trabajadores del sector privado, así como el otorgamiento de medidas reparatorias en caso no se acredite una causa justificada. Esta inclinación, cabe precisar, tiene un estrecho vínculo con la orientación política de la gestión de turno. Por ello, gobiernos como los de Velasco y Fujimori, situados en las antípodas del espectro ideológico, emprendieron trascendentes cambios en materia laboral. El primero adoptando un modelo causalizado de despido, y el segundo desarticulando éste, a partir, en mucho, de monetizar su reparación.

Si bien se evidencia, en cuanto al ámbito subjetivo, que la protección contra el despido, desde sus inicios, estaba dirigida solo a un grupo específico -los trabajadores de comercio<sup>40</sup>- las reformas posteriores apuntaron a una generalización de la tutela. No obstante, se mantuvo, en esencia, las mismas excepciones: periodo de prueba y tiempo parcial. La primera, desde la teoría, se dirige a flexibilizar la estabilidad laboral, durante un intervalo inicial de la relación, a partir de criterios de idoneidad para el puesto (Asquerino, 2015, p.19)<sup>41</sup>. Mientras que la segunda apunta a otorgar protección solo a los trabajadores cuyo vínculo sea de mayor intensidad (en términos cualitativos), y por lo tanto presenten una mayor dependencia económica. Ambas exclusiones, sin embargo, no han presentado mayor control desde su positivización en el ordenamiento -a pesar, incluso, de la adopción de un sistema causalizado.

Interesa destacar, en cuanto a las garantías de protección, su tendencia a intensificar los controles sobre la extinción de la relación por iniciativa del empleador. Desde esta perspectiva, la unificación de exigencias formales y materiales a manera de procedimiento no solo constituye una opción legislativa respetuosa del principio de causalidad, sino que además, es señal de un modelo democrático de relaciones laborales. Por ello, resulta preocupante que en el Decreto Legislativo 728 se reste eficacia a las consecuencias jurídicas

<sup>40</sup> La discusión sobre la cuestión social en el Perú trajo consigo el nacimiento de la idea de “clase media” -conformada por los denominados “trabajadores de cuello blanco” y otros grupos ocupacionales similares (Parker, 1998). La acción de este nuevo actor social, por medio de organizaciones como la Sociedad de Empleados de Comercio, generó que se positivice en la legislación la diferencia entre obreros y empleados, así como también que se promulgue una norma específica para ellos -la Ley 4916, que protegía contra el despido a esta categoría de dependientes.

<sup>41</sup> Para Martin Valverde (1976, p.138) a través del periodo de prueba, se persigue comprobar la aptitud fáctica del trabajador para su puesto, dada la imposibilidad de comprobar ello antes de la contratación. De ahí que se haga necesaria una flexibilización de las reglas que limitan la facultad extintiva del empresario. En tal sentido, en sistemas de despido libre, este instituto jurídico no es necesario (Asquerino, 2015, p.66).

de la omisión del procedimiento, e incluso se habilite al juez a pronunciarse sobre el fondo pese a su incumplimiento. Opción diametralmente opuesta, en contraste, a la adoptada por la Ley 24514, en donde los despidos que incumplieran las formalidades se calificaban como ilegales.

Mientras las garantías apuntan al control previo de la extinción del vínculo, las medidas reparatorias protegen al trabajador despedido ilegítimamente. No se observa, desde esta premisa, una opción preferente hacia algún tipo de forma de tutela en el ordenamiento peruano. Por el contrario, todos los sistemas han reconocido tanto a la indemnización como a la reposición -aunque bajo diferentes reglas. Se puede advertir, por otro lado, que desde la Ley 24514, hay una tendencia de agravar la sanción a partir de criterios como el tiempo de servicio<sup>42</sup> o los bienes jurídicos involucrados<sup>43</sup>. También se presenta, de manera constante, desde el segundo sistema, una regla de caducidad respecto de la pretensión de reposición, que será extendida a la indemnización por el Decreto Legislativo 728.

Resulta importante hacer notar que, inicialmente, la regla de caducidad estaba dirigida solo cuando el trabajador solicitaba la tutela restitutoria. El sentido de esta regulación era debido a que una reincorporación muy lejana podría comprometer una eventual contratación de reemplazo. Lógica que se desprende también de los abreviados plazos que fijaban las leyes. No ocurriendo ninguna objeción de este tipo en la indemnización, la aplicación de este mecanismo resulta objetable.

Observar en retrospectiva los distintos modelos de protección contra el despido ofrece valiosa información a considerar en contextos de cambios normativos. Dado el carácter autocrático del gobierno, no llama la atención que en el marco del Congreso Democrático Constituyente de 1993 se termine adoptando una posición más ideológica que técnica para la reforma del andamiaje constitucional en esta materia. Siendo ésta la Constitución vigente, el siguiente apartado estará enfocado en su desarrollo desde una perspectiva crítica.

## 1.2. La Constitución de 1993 y el «modelo de protección mínima»

Aquellas drásticas reformas emprendidas tanto a nivel de derecho individual, como colectivo, sin duda, requirieron de un marco constitucional diferente al que se hallaba en la Constitución de 1979. De manera que, el Congreso Democrático Constituyente de 1993 no

---

<sup>42</sup> Desde el sistema de la Ley 4916, por ejemplo, se ha reiterado una suerte de relación proporcional entre tiempo de servicios e indemnización. Regulación que tiene como premisa que los trabajadores de edades avanzadas tienen mayores dificultades al momento de reingresar al mercado de trabajo y por lo tanto se les debe proteger más -por medio del encarecimiento del despido ilegal. No obstante, un diseño como ese, yerra al considerar el periodo laborado solo a partir del vínculo vigente. Así, un adulto mayor recién contratado no tendría una protección más intensa -la cual le podría corresponder en caso se compute todo su récord laboral.

<sup>43</sup> Esta relación se puede ver a partir de la comparación entre las medidas reparatorias establecidas para el despido arbitrario y nulo.

solo redujo de manera cuantitativa las disposiciones en materia laboral, sino que además prescribió, con cierto laconismo y ambigüedad, los contenidos normativos de los derechos.

Como expresión del viraje en su orientación política, la Constitución de 1993 eliminó toda mención explícita a la estabilidad laboral<sup>44</sup>, dejando solo como disposición que «la ley otorgará una adecuada protección». De ahí que, por mucho tiempo, no se cuestionó la regulación legal, llegando a validar<sup>45</sup> de manera irreflexiva el denominado «despido libre indemnizado». No obstante, el tránsito del paradigma del Estado Constitucional de Derecho, el cual se empezó a acentuar en el país con la recuperación de la democracia, permitirá que, a partir de sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la legislación .

El presente subcapítulo, en ese sentido, se dirige a perfilar los contenidos y valores que conforman el sistema de protección contra el despido consagrado en la Constitución vigente.

### 1.2.1. Derecho al trabajo: contenido constitucional y alcances normativos

A nivel constitucional, una de las principales normas relativas al objeto de estudio se encuentra en el artículo 22, mediante el cual se reconoce al trabajo como un derecho fundamental. Si bien este contenido normativo es, en apariencia, poco complejo, el TC y la doctrina han realizado importantes precisiones sobre su alcance.

Por ello, primero, se precisará cuál es el contenido del derecho al trabajo, enfatizando aquel que resulta trascendente para tutelar este bien constitucional. Definida la primera base fundamental del sistema de protección, se construirán los límites a la contratación temporal y el despido<sup>46</sup>. Luego, se analizará el contenido normativo del artículo 27 de la Constitución, cuyos alcances han sido poco estudiados por la doctrina nacional.

#### 1.2.1.1. La doble dimensión del derecho al trabajo

Para el intérprete de la Constitución, el derecho al trabajo establecido en el artículo 22 tiene una doble dimensión: la primera involucra el acceso a un puesto de trabajo<sup>47</sup> (contenido programático), y la segunda el derecho a no ser despedido sino por causa justa<sup>48</sup> (contenido

---

<sup>44</sup> Como relataría el presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Constituyente de 1993, “la redacción del artículo 48 de la anterior Constitución [que consagró la estabilidad laboral] ha generado tantas controversias y discusiones sobre su significado [que] era indispensable cambiarlo” (Marcenaro, 1995, p.157).

<sup>45</sup> Si bien se identifica en la doctrina tempranas oposiciones respecto de las reformas laborales de Fujimori, estas no necesariamente constituyen un consenso. No se observa, en el debate académico de esa época ni en el actual, una crítica unánime hacia los cambios más sustanciales en materia laboral durante el gobierno en cuestión.

<sup>46</sup> El empleo de estos términos, sin duda, se identifica plenamente con las dos vertientes de la estabilidad laboral -entrada y salida. De manera que su omisión -o reemplazo- en el texto constitucional, no altera o desconoce este derecho.

<sup>47</sup> De este primer aspecto se desprenden las políticas dirigidas a la promoción del pleno empleo, las cuales, en ocasiones, colisionan con los límites a la contratación temporal (Pérez, 2004, p.47-48).

<sup>48</sup> A partir de esta segunda dimensión, el TC peruano objetó la constitucionalidad del despido incausado en función de tres argumentos: (i) afectación del contenido esencial del derecho; (ii) colisión con el principio tuitivo; y (iii) cuestionable prevalencia de la indemnización económica, la cual



normativo) (Neves, 2010, p.44). Cabe precisar que de este bien constitucional también se deriva la ocupación efectiva en el puesto -la cual implica la formación y el desempeño de actividades para las cuales se contrató (Gorelli, 1995, p.35-36).

Un aspecto importante que surge con la identificación de estas dos dimensiones pasa por definir el alcance del término «despido»<sup>49</sup>. Ejercicio de gran relevancia, ya que una forma de extinción diferente no estaría protegida por el derecho al trabajo. En el ordenamiento peruano se puede identificar, siguiendo a la doctrina (Hernández, 1997, p.536), al género «terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador». El cual comprende diferentes especies como el despido y la terminación por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. De manera que la discusión radicará en definir si se adopta a la categoría, en su conjunto, o solo a un elemento de esta.

Para Pasco (1987, p.246), quien adopta una interpretación literal del término despido, la exclusión de otros supuestos tiene sentido. Ello dado que hay casos en donde la sola voluntad empresarial debe ser complementada -por ejemplo, con una autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo, y por lo tanto, no se le deben aplicar las garantías constitucionales. Distinción que puede considerarse artificial, ya que al igual que en los supuestos de cese disciplinario, será la voluntad del empleador la que generará los efectos jurídicos (Blancas, 2022). Sanguineti (1989, p.122), desde una posición diferente, apuesta por una concepción amplia a partir de identificar que dicha categoría tiene en común la afectación al interés del trabajador de conservar su puesto de trabajo por un motivo o razón empresarial<sup>50</sup>.

Al acoger la interpretación amplia del concepto de despido, se debe incorporar, además, una perspectiva desde la estabilidad laboral de entrada. Y es que, la libre determinación de la duración del contrato de trabajo termina por condicionar la eficacia de cualquier tipo de régimen de protección contra el despido (Sanguineti, 1989, p.90). En otros términos, sin la presencia de un control causal en ambas, el sistema se resquebraja, y pierde efectividad en la tutela del trabajo. Por ello se puede afirmar, siguiendo a Pérez (2004, p.21) y Arce (2021, p.10-11), que el principio de causalidad es transversal en esta materia, pues tiene un alcance tanto en la contratación, como en la terminación por voluntad del empleador.

---

no puede ser la forma de reparación principal de tutela del ordenamiento (*Fretratel y Suttip vs. Telefónica*, 2001).

<sup>49</sup> Para Neves (2010, p.46), el alcance de este concepto, a partir del derecho al trabajo es mucho amplio, llegando a incluir cualquier otra forma de extinción del contrato por voluntad del empleador. Es así que plantea que la jubilación obligatoria puede ser prohibida solo a partir de este bien constitucional y no a través de la estabilidad laboral. Distinción en la que radicaría la diferencia en cuanto a la protección del empleo asalariado a partir de estos derechos. No obstante, tal restricción en la interpretación podría resultar artificial desde técnicas hermenéuticas como el principio *pro persona*.

<sup>50</sup> A manera de complemento de esta segunda posición debe hacerse referencia a los principios de interpretación de los instrumentos de derechos humanos: *pro persona* y conforme al *corpus juris*. Herramientas hermenéuticas que permiten consolidar una postura a favor de una concepción amplia del término despido.

Se pone en evidencia, así, que el despido además requiere una fundamentación constitucional, vinculada a la protección de la libertad de empresa. Solo a través de ello, por tanto, podría lograrse una adecuada ponderación de los derechos involucrados. Como consecuencia de ello -y como se desarrollará más adelante-, las justificaciones deberán tener como trasfondo la tutela de bienes jurídicos empresariales, de manera que cuando se carezca de ello, no se podrá extinguir de manera válida el vínculo laboral (Collins, 1992).

Otro aspecto, imprescindible en esta aproximación, es también la delimitación del ámbito subjetivo. Como derecho fundamental, se entiende que este corresponde, de modo universal, a toda persona que cuente con el status de «trabajador» -condición que se entiende como presupuesto para atribuir su titularidad (Ferrajoli, 2004, p.37). No habiendo, además, algún tipo de excepción prevista expresamente en la Constitución, en principio, cualquier dependiente deberá ser considerado como titular. Sin embargo, es posible que puedan establecerse determinadas diferencias a partir del principio de igualdad (Sarlet, 2019, p.273).

Aquellas desigualdades, cabe señalar, deberán seguir un criterio de excepcionalidad. Toda interpretación que se dirija a justificar determinadas restricciones, sea al ámbito subjetivo u objetivo de un derecho fundamental -como lo es el trabajo-, deberán ser estrictas en su delimitación y proporcionales en su afectación<sup>51</sup>, además de encontrar sustento constitucional, como por ejemplo, en el principio de igualdad. Comprometería, de manera grave, la democracia del ordenamiento que un derecho clave en el desarrollo de las relaciones laborales reduzca su eficacia sin una justificación (Ferrajoli, 2004, p.39).

Definidos los diferentes supuestos en los que el derecho al trabajo otorga tutela y visto el alcance de la protección, corresponde encuadrar esta característica de transversalidad del principio de causalidad.

#### 1.2.1.1.1. Transversalidad del principio de causalidad en las relaciones individuales de trabajo

Con la identificación del principio de causalidad como eje transversal en la protección contra el despido, corresponde ahora precisar la forma en que deben expresarse sus alcances. Siguiendo a Sanguinetti (1989, p. 98), desde la contratación, deberán diseñarse una serie de garantías dirigidas a impedir un posible uso desmedido y/o fraudulento. De otro lado, respecto al despido, la tutela persigue controlar el motivo de la extinción y sancionar los comportamientos contrarios a este modelo.

---

<sup>51</sup> El Convenio 158 de la OIT, por ejemplo, admite ciertas excepciones generales –precisando la exigencia de garantías. Por ejemplo, en el caso de los contratos temporales, se sostiene que deberá contarse con recursos para cuestionar su uso fraudulento. Y, en cuanto al periodo de prueba, que éste deberá fijarse previamente y ser razonable. Hay, además, la posibilidad de excluir a categorías especiales de trabajadores, siempre que las disposiciones aplicables a ellos otorguen una protección equivalente, y cuando se presenten problemas especiales, sea por las condiciones particulares de los dependientes o del empleador.

Los alcances del principio de causalidad, en ambas dimensiones (contratación o entrada y despido o salida) de la relación de trabajo, serán analizadas solo en términos constitucionales, sin referencia alguna en la legislación laboral peruana. El estudio de la normativa legal y su conformidad con el parámetro del bloque de constitucionalidad será materia del capítulo dos.

#### 1.2.1.1.1. Límites materiales en la contratación temporal de trabajo

Todo sistema de protección del derecho al trabajo tiene que prever límites a la temporalidad de las relaciones individuales. Se trata, pues, de sustraer de la autonomía de las partes la posibilidad de determinar la duración del contrato (Pérez, 2004, p.34), ya que, de no hacerlo, se dejaría en las manos del empleador la conclusión del contrato sin requerir ningún tipo de causalidad<sup>52</sup>. Los límites objetivos, por tanto, se sitúan en los dos extremos de la relación laboral -contratación y terminación. No obstante, en su objetivo de tutela presentan particularidades en razón de la etapa del contrato.

Una consecuencia lógica de estas limitaciones objetivas, entonces, será la preferencia por la contratación a plazo indeterminado. Ello porque, siguiendo a Pasco (2012), permitir lo contrario supondría habilitar que, al amparo de la autonomía privada, se encubra despidos. Junto a esta primera garantía<sup>53</sup> se identifican otras dirigidas hacia la prevención del uso fraudulento de la contratación temporal, como expresión de eficacia del principio de causalidad (Pérez, 2004, p.35). Como señala Villavicencio (2008), el control sobre la contratación se sujeta, especialmente, a través de fuentes infraconstitucionales (leyes, convenios colectivos, entre otros), sin embargo, en este punto solo se hará referencia al diseño general, sin alusiones a una opción de política legislativa específica.

Toda modalidad de contratación temporal, como se ha señalado, en razón del principio de causalidad, se encuentra sujeta a la exigencia de un motivo objetivo. De manera que este tipo de contrato se reserva solo para aquellas labores transitorias en la empresa. Quebrantar esta regla, entonces, debe producir un efecto en la relación laboral concreta: transformarla a plazo indeterminado. Las formas en que se expresa esta transgresión son, fundamentalmente, dos: (i) la prolongación excesiva de tiempo de la actividad (control temporal); y (ii) la ausencia de una causa objetiva (control material). De otro lado, las técnicas legislativas para garantizar la vigencia del principio de causalidad son variadas: la nulidad de pleno derecho de la cláusula de temporalidad, la ficción jurídica, las presunciones (sean relativas o absolutas), entre otras.

---

<sup>52</sup> Los controles iniciales al término del contrato, según Pérez (2004, p.34), fueron canalizados, primero, por medio de cláusulas generales como la proscripción del abuso del derecho y el fraude a la ley, para luego perfeccionarse en disposiciones laborales específicas. La legislación peruana muestra rezagos de esta primera tendencia en el inciso d) del artículo 77 de la LPCL.

<sup>53</sup> Definimos garantías, siguiendo a Ferrajoli (2009, p.25), como aquellas técnicas normativas del ordenamiento que permiten efectivizar el derecho fundamental, en coherencia con su valor en el sistema de fuentes.



Otro aspecto, muy vinculado al primer supuesto mencionado, es el denominado encadenamiento de contratos temporales. Identificada la hipótesis de una sucesión de vínculos a plazo fijo, el ordenamiento debe ofrecer una respuesta ante un eventual uso excesivo de esta modalidad, ello debido a que puede encubrir una relación indeterminada. Para este tipo de casos, al igual que en el supuesto anterior, las expresiones de transgresión al principio de causalidad son la prolongación en el tiempo<sup>54</sup> y la ausencia de una causa objetiva, siendo las técnicas legislativas las mismas señaladas de manera precedente.

El siguiente cuadro resume la estructura del Derecho al trabajo en su dimensión de acceso a un puesto de trabajo:

Derecho al trabajo (estabilidad laboral de entrada)	
Límite material en la contratación	Garantías <sup>55</sup>
Causalidad en la temporalidad del vínculo	Control material Control temporal

1.2.1.1.1.1 *Excursus*: la contratación temporal como política de pleno empleo y su colisión con el principio de causalidad en la duración del vínculo

Ubicados en la interacción de derechos fundamentales, se identifica que el principio de causalidad, en lo relativo a la contratación, se puede matizar a fin de generar una política de pleno empleo. Y, al ser ambos contenidos del derecho al trabajo, corresponde evaluar si otras causas de temporalidad pueden ser admitidas. Como en cualquier conflicto<sup>56</sup> entre bienes constitucionales, corresponde realizar un ejercicio de ponderación, el cual permita un equilibrio entre la afectación y satisfacción de las dimensiones del derecho al trabajo comprometidas. Si bien este análisis se encuentra sujeto a variables propias del caso

<sup>54</sup> Respecto a este punto, cabe señalar que hay una consideración adicional a evaluar: cuándo este encadenamiento de contratos se considera roto. En la doctrina nacional, Arce (2021) propone establecer como criterio temporal el plazo de caducidad para impugnar un despido (treinta días naturales). Para Ojeda y Gorelli (2006, p.64-65), sin embargo, este primer parámetro puede ser cuestionable porque, al depender la contratación del empleador, bastaría con formalizar un vínculo luego de dicho periodo para sortear las consecuencias jurídicas que imponga la legislación. Desde esa perspectiva, y siguiendo una tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo español, señalan que el periodo propuesto podría obviarse siempre que se acredite (i) actuación empresarial fraudulenta; y (ii) unidad esencial del vínculo laboral.

<sup>55</sup> En otros ordenamientos -incluido el peruano- también pueden identificarse otra serie de garantías, de carácter accesorio, pero con relevancia práctica y política. Ejemplo del primer caso es el requisito de formalidad escrita para los contratos temporales, mientras que del segundo la igualdad de derechos sin distinción a partir de la duración del vínculo laboral (Ojeda y Gorelli, 2006, p.57-58).

<sup>56</sup> La identificación de un escenario de conflicto constituye un presupuesto de esta premisa, y se satisface a partir de la aplicación del principio de concordancia práctica.

concreto, resulta de suma utilidad observar la experiencia nacional y comparada respecto a este tema.

La experiencia peruana, en esta materia, sin embargo, es muy exigua. La promoción del empleo se ha expresado, en Perú, en función a otra fórmula: la flexibilización de derechos laborales<sup>57</sup>. Como consecuencia de ello, existe una disonancia entre los objetivos o fines (formalización, generación de empleo decente) y los efectos materiales o reales (precarización del trabajo y debilitamiento de los derechos del trabajador). Interesa señalar, además, que estas medidas acentuaron las siguientes «olas de flexibilización»: la segunda (tercerización); y la tercera (la deslaboralización) (Tostes y Villavicencio, 2012).

No obstante, en el empleo público, el régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), política pública para la formalización de los vínculos de los funcionarios, sí contiene un criterio de temporalidad: la duración máxima de un año de los contratos, con posibilidad de prórrogas indefinidas -plazo que, aparentemente, tiene su justificación en el presupuesto público. Ahora bien, el Tribunal Constitucional si bien no se pronunció en específico sobre el principio de causalidad en este caso, sí deslizó ciertos criterios que, aunque criticables, merecen atención.

Para el intérprete constitucional, al parecer, la formalización del empleo (tránsito de relaciones civiles a laborales) genera una mejor tutela de derechos (Más de cinco mil ciudadanos vs. Poder Ejecutivo, 2010). Sin embargo, propone que el parámetro de validez material responda, antes que a un régimen en particular, a los derechos reconocidos en la Constitución. La particularidad del ejercicio propuesto, en este caso, será que solo se corrobora el reconocimiento formal en el estatuto legal, sin mayor análisis<sup>58</sup>. De modo que, según este criterio, bastaría que se positivice un enunciado genérico sobre el respeto a este derecho fundamental para que el régimen sea validado.

Muy diferente es el caso español, en donde el Tribunal Constitucional de dicho país ha desarrollado una mejor evaluación sobre estas políticas. Así, se ha señalado que la restricción al derecho al trabajo en aras de la promoción del empleo es válida en la medida en que logre su finalidad -generar puestos de trabajo para personas desempleadas (Luis Fernández Ortiz vs. Brown Boveri de España S.A, 1981). Esta construcción permite afirmar cierto «control de causalización» de las políticas de empleo. De modo que cuando éstas realmente contribuyan a la reducción del desempleo y no funjan de argumento para el sacrificio de estándares laborales, deberán ser admitidas. Señala Joaquín Pérez (2004, p.47) que, desde esta perspectiva, los argumentos para la implementación de una política pública

---

<sup>57</sup> Se alude a los regímenes promocionales como el Decreto Legislativo N° 1086, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la MYPE y del acceso al empleo decente, y la Ley N° 27360, Ley que aprueba las normas de promoción del sector agrario.

<sup>58</sup> Situación que resulta paradójica pues, el Tribunal Constitucional también ha señalado que la promoción del empleo que desempeña el Estado debe perseguir un incremento de puestos de trabajo tanto cuantitativa como cualitativamente (*Colegio de Abogados de Ica vs. Congreso de la República*, 2006). Este segundo aspecto, qué duda cabe, estaría siendo relegado al convalidar regímenes que solo consagran derechos de manera formal o reducida.

adquieren especial relevancia para juzgar el sustento constitucional de la flexibilización del principio de causalidad.

Justificar una atenuación del principio de causalidad, desde esta perspectiva, involucra diferentes niveles de análisis que, necesariamente, deben seguirse conforme al test de proporcionalidad. Para empezar, debe identificarse, siguiendo a Clérico (2009, p.40), la relación empírica entre el medio escogido (contratación temporal) y el fin promovido mediante este (aumentar el empleo). Corresponde comprobar, así, cómo es que el estado de cosas que se busca generar a través de la medida tiene un correlato o vinculación con el medio escogido (Clérico, 2009, p.43). En otras palabras, si es que en una determinada situación de desempleo estructural, la temporalidad de los vínculos laborales podría paliar dicho contexto.

Superado este primer nivel de análisis, el operador jurídico deberá evaluar la necesidad de la medida en cuestión. Dos perspectivas serán utilizadas para ello: una primera sobre cuán indispensable resulta su implementación para favorecer la finalidad; y otra relativa a la menor injerencia en el derecho fundamental restringido (Clérico, 2009, p.101). Así, la contratación temporal deberá reputarse como esencial para lograr la promoción, y ser, además, la medida menos gravosa que logre ello. Sobre este subprincipio, un sector de la doctrina nacional propone evaluar otras políticas distintas a las laborales -incentivos tributarios, fomento de empleabilidad o capacitación; acceso a financiamiento, entre otras (Sánchez y Quiñones, 2009).

Finalmente, el último subprincipio del test, apunta a determinar si existe una relación de proporcionalidad entre la restricción y la medida aplicada (Clérico, 2009, p.164). Situados en la hipótesis planteada, se tendrá que discutir si la limitación al principio de causalidad permite maximizar una política de pleno empleo. Para este último análisis, debe conjugarse, tanto las circunstancias particulares en que se restringe este, como ciertos aspectos generales. Estos últimos son, (i) la aplicación temporal de la medida en cuestión; (ii) la sujeción a una estricta evaluación de objetivos, permitiendo la introducción de mejoras; y (iii) el control de los efectos que pueda generar esta política en otros derechos fundamentales -por ejemplo, la sindicalización.

Situados aún en un plano hipotético y genérico, resulta difícil sostener que medidas de este tipo son válidas. En primer lugar, existe una documentada literatura sobre cómo la reducción de derechos o la flexibilización no muestran una relación directamente proporcional con la generación de empleo (Tostes y Villavicencio, 2012). En otras palabras, no existe un balance entre la restricción y la medida aplicada. Vinculado a lo anterior, estas políticas pasan por alto que la generación de empleo también depende de factores exógenos al derecho del trabajo: demanda de bienes y servicios del mercado específico; inversión pública y privada relacionada a la actividad; productividad laboral y del sector; entre otros. Finalmente, no se puede ignorar que la contratación temporal es empleada como uno de los principales mecanismos, a nivel global, para desincentivar la sindicalización (Howe, 2018). De esta manera, la política de contratación temporal colisiona con el mandato constitucional previsto en el artículo 28, así como el dispuesto en el artículo 11 del Convenio 87.

#### 1.2.1.1.1.2. Límites materiales en la terminación de la relación de trabajo por voluntad del empleador

Por otro lado, el correlato del principio de causalidad en la extinción del vínculo tiene, además de una mayor extensión en sus supuestos, una gradación en su intensidad<sup>59</sup> según los intereses que se comprometan (Goerlich, 2005, p.231). Ello en razón, primero, de la interpretación amplia del término despido que se expuso al inicio del acápite. Y, en segundo lugar, debido a la distinta interacción que tiene la voluntad extintiva con otros bienes jurídicos de relevancia constitucional -como por ejemplo, la libertad de empresa. Siguiendo a Goerlich (2005, p.237), puede distinguirse dos grandes categorías<sup>60</sup>: (i) aquellos que se circunscriben a la relación individual de trabajo<sup>61</sup>; y (ii) aquellos que se fundamentan en el interés organizativo de la empresa.

Se articula, en esta primera categoría, de un lado la tutela del cumplimiento contractual, de los bienes jurídicos empresariales (Goerlich, 2005, p.238-239), y de manera general, la protección al mínimo contenido ético de la relación laboral<sup>62</sup> (Gómez, 2009, p.51); y de otro, el derecho al trabajo. La garantía de protección, en este caso, se expresa en el concepto de «causa justa de despido». Construcción que demarca aquellos motivos que, fundamentados en la capacidad o conducta del trabajador, habilitan al empleador a extinguir el vínculo. Así, en esta primera categoría, la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador constituye un mecanismo de reacción contra determinadas conductas que comprometan los intereses o bienes jurídicos empresariales.

Por el contrario, la segunda categoría vira en sus fundamentos. Lejos de reparar en la conducta o capacidad del trabajador, responde a las decisiones organizativas fundamentadas en la libertad de empresa (Goerlich, 2005, p.238). Fundamentadas en vicisitudes particulares del devenir empresarial -contracción y extinción-, se hace necesario otorgar un mayor margen entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa. La admisión de estos motivos, por tanto, pasa por evaluar cuáles son aquellas circunstancias objetivas que legitiman la decisión de extinguir su organización (Goerlich, 2005, p.246-247). Desde una perspectiva histórica, el legislador<sup>63</sup> peruano vinculó las causas objetivas a graves

---

<sup>59</sup> Nótese que esta aproximación se limita, exclusivamente, a la forma y extensión del control de la causa o justificación del despido, no incluyendo por tanto aspectos como el procedimiento o la formalización de esta facultad.

<sup>60</sup> Se puede identificar, no obstante, una tercera categoría: la jubilación obligatoria. No será materia de desarrollo en este trabajo dado que su diseño, calificado como «jubilación guillotina», ha sido objeto de serios cuestionamientos sobre su validez por parte de la doctrina (Neves, 2019) y la jurisprudencia del TC.

<sup>61</sup> Tal categoría comprende los despidos tanto por conducta como por capacidad del trabajador.

<sup>62</sup> En la doctrina laboralista latinoamericana el profesor Hugo Barretto (2011, p.115) reconoce que el principio de causalidad, en lo relativo al despido disciplinario, responde en última instancia a un sustrato ético de las relaciones laborales.

<sup>63</sup> Desde el Decreto Ley 18471 de 1970 se incorporaron estas causas objetivas, las cuales habilitaban, luego de un procedimiento administrativo, a la reducción o despido de los trabajadores.



circunstancias económicas, técnicas o de caso fortuito o fuerza mayor, que comprometan el normal desarrollo de la actividad empresarial.

El siguiente cuadro resume la estructura del derecho al trabajo en su dimensión de terminación de la relación de trabajo:

Derecho al trabajo (estabilidad laboral de salida)	
Límite material en el despido	Garantías
Causalidad del despido	Causa justa de despido

### 1.2.2. Adecuada protección contra el despido: alcances normativos de una controversial disposición constitucional

Visto el denso contenido normativo del derecho al trabajo previsto en el artículo 22, corresponde ahora observar el alcance de lo dispuesto por el 27. Interesa de sobremanera ello dado que la interpretación de ambas disposiciones tiene que atender al principio de unidad de la Constitución, de lo contrario se podría llegar a restringir de manera grave este bien jurídico<sup>64</sup>. Con este objetivo, el presente acápite desarrollará los dos principales componentes: (i) la garantía de reserva de ley; y (ii) el mandato al legislador para que determine la forma de protección contra el despido.

En esta tarea, primero, se precisará en qué consiste la reserva de ley para la tutela contra el despido, y de qué tipo es. Definido ello, se precisará cuál es el alcance material que debe tener el sistema a partir del parámetro «adecuada protección».

#### 1.2.2.1. Garantía de reserva de ley en materia de protección contra el despido: ¿una previsión innecesaria?

Respecto a la protección contra el despido, la Constitución tiene una referencia expresa mediante la cual establece una delegación al legislador para el diseño del sistema de tutela. Para el TC, la disposición presenta tres características relevantes: (i) constituye un mandato al legislador; (ii) establece una reserva de ley; y (iii) la remisión legal se hace sin determinar constitucionalmente una forma de protección (SUTTP y FETRATEL vs Telefónica, 2002). Siendo pacífica la identificación de una reserva de ley en esta materia, corresponde discutir la calificación de esta como formal o material

<sup>64</sup> Este problema interpretativo lleva, por ejemplo, a que ciertos magistrados del TC sostengan que el legislador detenta plena libertad para el diseño del sistema de protección contra el despido, y por lo tanto, supuestos como la extinción *ad nutum* deberían admitirse en tanto estén positivizadas (*Héctor Suca vs. Municipalidad de Lima*, 2018).



Frente a la potencial arbitrariedad de los Estados, la garantía de la reserva de ley se constituyó como primer hito en la forma de controlar el poder político. Es así que se buscó que aquellas decisiones que incidían en los derechos se trasladaran a los espacios deliberativos (Risso, 2011, p.102). Desde esta perspectiva, el debate público, signo distintivo de los órganos de representación, agregó una mayor legitimidad a los productos normativos, además de garantizar el pluralismo democrático.

Toda vez que constituye un pilar esencial para el ordenamiento jurídico, es importante observar las garantías y objetivos que se desprenden de la reserva de ley. Como primer aspecto a resaltar, se evidencia que constituye una limitación, más que a las normas reglamentarias, a la libertad de configuración del legislador<sup>65</sup> (Risso, 2011, p.111). El sentido de una disposición constitucional como esta, por tanto, requerirá de una interpretación conforme a los valores constitucionales. Desde esa perspectiva, y por su especial vinculación con otros derechos constitucionales, como por ejemplo la libertad sindical (Blancas, 2015; Ermida, 1983), la reserva no solo deberá perseguir el pleno respeto y eficacia del derecho al trabajo, sino también que su regulación satisfaga el principio de representación democrática.

Para el intérprete constitucional, sin embargo, las garantías de legitimidad democrática que ofrece una ley en sentido formal no son exclusivas de ésta (Huatuco vs. Poder Judicial, 2016). De modo que, según esta posición, en aquellos supuestos donde normas con rango de ley incorporen la intervención del Poder Legislativo también se satisficará el mandato de reserva. Similar posición asume en la doctrina el profesor Castillo Córdova (2017, p.100-101), quien sostiene que el término «ley» debe entenderse en sentido amplio, incluyendo, por ejemplo, a los Decretos Legislativos en razón de la intervención del Congreso.

Ambas posiciones presentan, sin embargo, dos cuestionamientos. El primero es de carácter autoritativo: el TC ha interpretado que el artículo 27 impone un mandato al legislador. Por tanto, una lectura estricta debería llevar a impedir que se traslade dicha obligación constitucional a otro poder del Estado. A ello se debe de añadir que el Constituyente no ha utilizado de manera indistinta los términos «ley» y «normas con rango legal». Por el contrario, existen referencias expresas a este último término en los artículos 32 y 200. De modo que el argumento basado en el principio democrático es reforzado por una interpretación estricta del texto constitucional.

Sin perjuicio de ello, desde el Derecho del Trabajo puede hallarse una razón adicional que permita fundamentar la postura a favor de una reserva de ley formal.

Desde el Derecho del Trabajo se han elaborado diferentes herramientas para encauzar los conflictos en materia de gobernanza del trabajo. En su dimensión privada, los principales mecanismos son la negociación colectiva y el diálogo social. Bajo la perspectiva de este último instrumento, una norma que regule la terminación de la relación de trabajo debe de contar con la legitimidad que brinda la concertación entre los actores en materia laboral:

---

<sup>65</sup> Señala Risso (2011, p.132) que a través de la reserva de ley se busca, además, colocar una serie de límites al legislador, los cuales si bien siempre podrán ser mal interpretados, deben ser aceptados y reconocidos como garantías materiales.

trabajadores, empleadores y Estado. Para este tipo de materias, como enseñaba Plá (1985, p.255), se requiere, además de canalizar consensos, una legitimidad mayor a la electoral. Lo contrario supondría impedir la participación de las organizaciones de trabajadores en la regulación de un instituto gravitante para las relaciones laborales, además de tener el potencial de producir segmentaciones en el mercado de trabajo (Gómez, 2009, p. 28).

Impulsar el diálogo social, desde esta perspectiva, permite no solo efectivizar valores supremos del ordenamiento, como la democracia participativa, sino también el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad sindical -cuyo fin es la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores. No obstante, el éxito de su fomento se encuentra, por otro lado, sujeto a la presencia de diferentes presupuestos, como la independencia y representatividad de los actores sociales (Ermida, 2005, p.15). Desde esa perspectiva, el retraso o ausencia de consenso no debería reputarse como un fracaso, pues solo constituye una vía preferente y necesaria para la gobernanza de las relaciones laborales.

A esta razón debe añadirse una consideración –de carácter circunstancial- sobre los estatutos aplicables a los trabajadores del Estado. Y es que, en Perú, la legislación laboral privada, regulada por el Decreto Legislativo N° 728, forma parte de uno de los tres regímenes principales que se aplican en la Administración Pública (Díaz, 2019, p.43). De ahí que, si se admite que el Poder Ejecutivo legisle en materia laboral, se estaría permitiendo a quien asume la posición jurídica de empleador, promulgar las normas que luego le serán aplicables. Situación que, ha ocurrido no solo con la principal norma laboral privada, sino también con el régimen CAS<sup>66</sup>, siendo ambas normas fuertemente cuestionadas.

Habiendo precisado el tipo de reserva establecida en el artículo 27 de la Constitución, se pasará a desarrollar el límite material que comprende esta norma: la adecuada protección contra el despido.

#### 1.2.2.2. La «adecuada protección contra el despido arbitrario»: el valor jurídico del límite material de la reserva de ley

Tradicionalmente, la doctrina nacional se ha dividido en dos posiciones con relación a la interpretación del artículo 27. Ambas, cabe precisar, parten de la premisa general que la Constitución brinda un margen al legislador para diseñar la protección contra el despido (Neves, 2002, p.13). De esta manera, la primera posición afirma una amplia libertad de configuración<sup>67</sup>, utilizando como principal respaldo la ambigüedad de la disposición (Toyama, 2009, p.89). Por otro lado, hay quienes sostienen que existe una limitación

---

<sup>66</sup> Esta objeción se agrava en el caso del régimen CAS, en primer lugar, por las importantes objeciones a su constitucionalidad (Neves, 2009). Si bien el TC ha ratificado su validez material, su régimen de protección contra el despido sigue implicando un grave obstáculo para la tutela de los trabajadores. Más aún cuando este régimen es uno de los más utilizados en la Administración Pública, llegando a comprender al 20% del total de empleados públicos según las cifras del MTPE.

<sup>67</sup> Elias Mantero (2002), quien comparte esta postura, incluso llega a señalar que la Constitución, al suprimir expresamente el término «estabilidad laboral», permitiría cualquier tipo de regulación -hasta el denominado «despido libre indemnizado».

material reducida, consistente en la proscripción de la arbitrariedad -y que se desprende de la literalidad del texto (Blancas, 2022). Los dos criterios expuestos, sin embargo, no incorporan en su análisis una serie de consideraciones importantes.

Primero, resulta capital definir, en estricto, cuál es el objeto de la reserva legal. En otros términos, qué se debe entender por «despido arbitrario». Si bien este concepto aparenta ser poco problemático, su precisión es importante dado que circunscribe las facultades legislativas. Con la finalidad de realizar esta delimitación, necesariamente, debe considerarse dos importantes premisas conexas: (i) el legislador tiene que garantizar y respetar los derechos fundamentales; y (ii) el principio de causalidad forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo. Cualquier legislación, por tanto, que transgreda alguna de estas dos reglas, deberá reputarse como inconstitucional.

Se ha discutido con relación a este concepto, en particular, si es que incluye o no al denominado despido libre o *ad nutum*. Esto es, si la libertad de configuración delegada al legislador involucra a una categoría en particular, o en realidad abarca a todo el género «extinción unilateral por iniciativa del empleador». Ante esta disyuntiva, conviene hacer referencia a los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica. Por medio del primero, se puede sostener que el artículo 27 necesita ser interpretado de forma conjunta y armónica con el 22. De manera que, la supuesta libertad en la reserva de ley encuentra un límite en el derecho al trabajo y su contenido esencial. Optimizar ambas disposiciones, en función al segundo principio enunciado, así, supone la delimitación restringida de la categoría «despido arbitrario».

Habiendo superado este primer nivel de análisis, corresponde ahora llenar de contenido esta categoría. Para esta tarea, se tiene que atender al contenido esencial que se busca optimizar: el principio de causalidad. Como primera premisa, por tanto, la adscripción a un modelo causalizado conlleva, necesariamente, la proscripción del despido libre. Se restringe la reserva legal, de este modo, solo al universo de supuestos que se sustentan en una justificación: (i) el despido justificado; y (ii) aquel que no ha acreditado plenamente la configuración de una causa justa<sup>68</sup>, sea por suficiencia material (proporcionalidad) o probatoria.

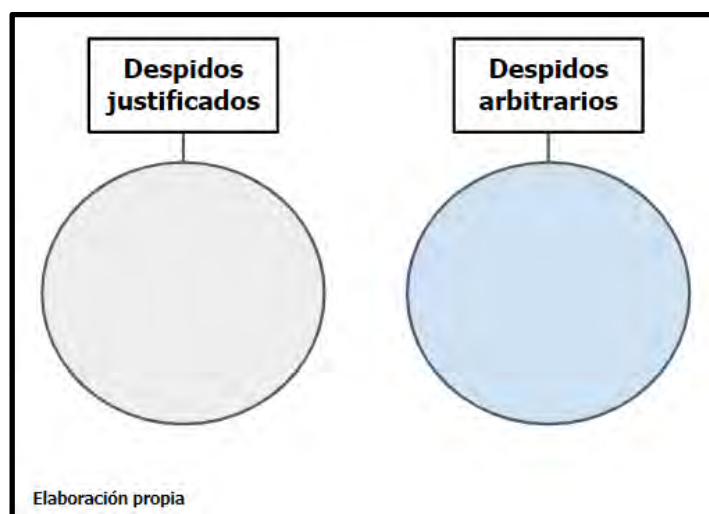
De este universo, no obstante, debe separarse al primer grupo identificado. La razón para ello es la expresión «arbitraria» del artículo 27, cuyo elemento valorativo se contrapone con la característica fundamental del universo de despidos justificados, y que riñe con la definición que ha planteado el TC sobre este concepto como opuesto a la legitimidad jurídica y proporcionalidad que exige el ordenamiento. En otras palabras, el despido arbitrario implica tanto el quebrantamiento del balance de poder en la empresa, como la ruptura del orden democrático en dicho espacio. Una segunda conclusión, de no menor importancia, que se desprende es que el mandato al legislador no considera el otorgamiento de alguna

---

<sup>68</sup> Javier Neves (2015, p.228), en una posición minoritaria, ha calificado a este tipo de despido como «injustificado».

medida reparatoria para este tipo de supuestos<sup>69</sup>. Así, cualquier disposición adicional dependerá solo de la política jurídico-laboral y no de un mandato constitucional.

Así, según la estructura constitucional, la primera división sobre las categorías de despido es la siguiente:



Una vez definido sobre qué materia detenta el legislador libertad de configuración en lo relativo al despido<sup>70</sup>, corresponde analizar el límite sustancial que positiviza la Constitución: la «adecuada protección». Disposición que tiene como premisa que aquellos supuestos, que no satisfacen al principio de causalidad, ocasionan una serie de daños al trabajador que merecen ser adecuadamente reparados<sup>71</sup> (Gómez, 2009, p. 39). Siguiendo al TC español, una reacción impropia del ordenamiento jurídico laboral debilitaría la funcionalidad del sistema, afectando el rol tuitivo del Derecho del Trabajo (Viturro vs. Hermanos Gandon, 1994).

A diferencia del caso anterior, un sector amplio de la doctrina nacional no ha reparado en la reflexión teórica respecto a este extremo del artículo 27. Toyama (2009, p.86), por ejemplo, sostiene que el legislador ha optado por un sistema de indemnización tarifada, el cual constituye una opción constitucionalmente válida a partir de la reserva<sup>72</sup>. Blancas, por el

<sup>69</sup> Otras legislaciones como la argentina (artículo 156 de la Ley de Contrato de Trabajo) otorgan una indemnización -cuantitativamente menor a su símil para los despidos ilegales- por la sola extinción del vínculo de trabajo.

<sup>70</sup> Para autores como Sarlet (2019, p.518-519), las consideraciones expuestas, por tanto, hacen que la reserva legal sea clasificada como compleja. Categoría que implica que la autorización al legislador para intervenir se determina en función a parámetros específicos (competencia limitada).

<sup>71</sup> Refiriéndose al caso español, en donde se otorga, además de la indemnización por despido improcedente, una por la extinción del vínculo, Francisco Gómez (2009, p.39) señala que el parámetro cuantitativo debería ser superior en supuestos calificados como ilegales y por tanto injustos desde una perspectiva de equidad. Además, desde una perspectiva conductual, resulta necesaria una cuantía elevada con la finalidad de enviar un mensaje de prohibición y reproche.

<sup>72</sup> César Puntriano (2016, p.21) llevando al extremo esta postura, señala que la opción legal es por un sistema de reparación tarifado es excluyente de cualquier indemnización adicional. De modo que solo se podría admitir otros resarcimientos previa habilitación legal. Una posición atenuada es la de



contrario, si bien reconoce la indeterminación del término, vincula éste con el establecimiento de medidas reparatorias que gocen de una entidad suficiente -ello excluye, por tanto, aquellas que constituyen formalidades como el preaviso (Blancas, 2022).

La indiscutible vaguedad de la disposición constitucional, nuevamente, lleva a su necesaria interpretación. Como premisa inicial, desde esta perspectiva, se tiene que la adjetivación de la tutela como «adecuada» supone el rechazo de mecanismos reparatorios aparentes o insuficientes contra el despido (Blancas, 2022), y con mayor razón, la proscripción de vacíos o exclusiones<sup>73</sup>. Se genera en este punto, al menos, un parámetro de análisis: la necesaria elección de un tipo de tutela material cualificada para proteger al trabajador. Circunscritos al supuesto que prevé el artículo 27, los dos tipos de tutela tradicional en materia laboral – indemnizatoria y restitutoria- tienen sustento constitucional.

A diferencia del modelo nacional, en el sistema de la OIT, las medidas reparatorias presentan ciertas particularidades en su configuración. Así, en aquellos casos en donde se termina injustificadamente el vínculo, la primera forma de reparación es la readmisión. Solo se admite, en aquellos supuestos en donde no es posible anular el cese, otorgar una indemnización u otra forma de reparación. Resalta, de esta regla, dos aspectos importantes. Primero, que se organiza un sistema de reparación que prefiere, ante cualquier opción, la reposición en el puesto de trabajo. Segundo, que las opciones alternativas solo se otorgan ante supuestos de imposibilidad de readmisión -por ejemplo, en caso se suprima el área en la que fuera repuesto. La experiencia comparada, por otro lado, muestra que en ordenamientos donde no se prevé una medida reparatoria específica, la tutela resarcitoria de la responsabilidad civil aplica como regla general (Martínez y Arufe, 2010).

Históricamente, ambos han sido previstos por el ordenamiento, siendo el trabajador quien elegía. No obstante, con la reforma de Fujimori se impone la reparación monetaria como regla general, siendo la reposición un supuesto excepcional. La indemnización, además, se ha configurado, desde sus inicios, a partir de dos factores de cálculo: tiempo de servicio y remuneración, con un límite cuantitativo. Sostiene Blancas (2022), con relación a este diseño, que debe procurarse un efecto disuasorio, de modo que en los casos donde la cuantía sea muy reducida, se incumpliría el mandato de «adecuada protección».

A partir de esta propuesta la tutela específica diseñada por el legislador podría ser controlada desde una perspectiva tanto cualitativa (parámetro de adecuación), como cuantitativa (parámetro de suficiencia del resarcimiento y disuasión). En la experiencia comparada, los sistemas indemnizatorios tarifados, desde esta segunda perspectiva, han sido objeto de serios cuestionamientos a su constitucionalidad. Se identifican, así, tres pronunciamientos<sup>74</sup>

---

Toyama e Higa (2016), quienes admiten la superación del tope legal en casos de «despidos pluriofensivos», concepto que alude a los supuestos en donde se lesiona más de un derecho fundamental.

<sup>73</sup> Incluso en el Convenio 158 -que admite exclusiones al ámbito subjetivo- se exige que, en aquellas relaciones especiales de trabajo, que se justifiquen su apartamiento del régimen general de protección, se otorgue alguna especie de tutela de similar entidad. La razón para ello radica en la estrecha vinculación de las garantías con las medidas reparatorias.

<sup>74</sup> La jurisprudencia citada, debe señalarse, no es la única al respecto. Por ejemplo, en Argentina, la Corte Suprema, en el caso *Vizzoti vs. Amsa S.A* (2004), declaró inconstitucional el límite fijado para



clave al respecto: (i) la Sentencia C-1507/00 de la Corte Constitucional colombiana (CCC); (ii) la Sentencia 194/2018 de la Corte Constitucional italiana; y (iii) la Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la queja N° 158/2017.

Con relación al primer pronunciamiento, la CCC enfatiza que la previsión de factores de cálculo para la indemnización por despido resultan razonables desde el enfoque de libertad de configuración que tiene el legislador. Ahora bien, se precisa que esta fórmula debe procurar resarcir el daño sufrido, de modo que en caso se acredite un mayor perjuicio, éste tendrá que ser indemnizado (Javier Rivera vs. Congreso de la República de Colombia, 2000). En síntesis, para esta alta corte, el sistema de reparación monetario con factores predeterminados no puede impedir, en su configuración, que el trabajador reciba una tutela integral respecto a la afectación padecida por el despido.

Una posición similar es adoptada por la CCI. En 2018, se pronunció sobre la validez material de un sistema de indemnización tarifada que, (i) tenía como únicos factores de cálculo tiempo de servicio y remuneración; y (ii) no admitía posibilidad de aumento cuantitativo, incluso siendo este acreditado. Razona este órgano jurisdiccional que la fórmula de tutela monetaria no debería fundamentarse en un único parámetro, sino ofrecer múltiples criterios para la evaluación del daño (Francesca Santoro vs. Presidencia del Consejo de Ministros, 2018). Asimismo, se enfatiza en la necesidad que los sistemas indemnizatorios disuadan a los empleadores de despedir de modo arbitrario<sup>75</sup>. Se adhiere esta Corte, por tanto, a la propuesta de controlar la estructura de la indemnización.

La Ley que fue objeto de control por la CCI también fue analizada por el Comité Europeo de Derechos Sociales -órgano que se pronunció sobre la adecuación de esta norma con el artículo 24 de la Carta Social Europea. En su decisión se señala que los sistemas de protección son compatibles cuando permiten: (i) la compensación de las pérdidas económicas desde el despido hasta la decisión final; (ii) la reposición en el puesto de trabajo; o (iii) una indemnización lo suficientemente elevada para disuadir al empleador y satisfacer al trabajador por el daño sufrido (CGIL vs. Italia, 2019). Ahora bien, estas medidas reparatorias -apunta el Comité, coincidiendo con la CCI- serían en principio contrarias a la Carta en caso incorporen límites o topes excluyentes. En ese sentido, se señala que la compensación por los daños sufridos siempre debe ser permitida en la medida en que sean acreditados y demandados en un plazo razonable<sup>76</sup> (CGIL vs. Italia, 2019).

---

la base de cálculo de la indemnización por considerarlo confiscatorio. El monto de la remuneración utilizado como factor, señala la Ley de Contrato de Trabajo, tiene como tope al triple del promedio salarial previsto en el convenio de rama aplicable al trabajador. Atendiendo a que esta regla reduciría la indemnización correspondiente, en caso un trabajador perciba un sueldo más alto, este alto tribunal estimó la afectación al patrimonio del dependiente (confiscatoriedad) cuando la base aplicable sea inferior al 67% de la remuneración mensual.

<sup>75</sup> Conviene señalar que este alto tribunal no se ha pronunciado a favor de una regla general de reparación integral y equivalente al daño sufrido. Por el contrario, admite el establecimiento de mínimos y máximos en tanto se procure una indemnización equilibrada y adecuada.

<sup>76</sup> La CGIL señaló, en su sustentación, que el resarcimiento a través de los mecanismos de la responsabilidad civil no debe ser considerados al evaluar a un sistema de protección, pues esta tutela no cuestiona la naturaleza del despido sino otras variables relacionadas como su impacto

Todas estas tendencias reseñadas previamente, sin embargo, no han sido atendidas por el TC peruano al evaluar sistemas de protección con un marcado signo de inadecuación cuantitativa. Así, la tutela indemnizatoria reducida –de máximo de tres sueldos-, prevista para el régimen CAS y las microempresas, ha sido convalidada por el intérprete constitucional sin un pronunciamiento de fondo sobre su validez a la luz del artículo 27, perdiendo la oportunidad esta alta corte de evolucionar en su interpretación.

¿Podría, entonces, plantearse un contenido material respecto de la «adecuada protección contra el despido»? Sin duda los pronunciamientos citados permiten argumentar a favor de ciertas restricciones al legislador en aquellos sistemas de reparación por equivalente (monetaria). El principal es que la predicada libertad de configuración no puede impedir reparaciones adicionales, así como tampoco la interacción con otros mecanismos de tutela –como puede ser la responsabilidad civil por medio de la indemnización por daños. De otro lado, los factores de cálculo deberán ser idóneos desde una doble perspectiva: (i) para procurar la reparación de los perjuicios ocasionados; y (ii) para impedir que por un análisis costo-beneficio se incentive conductas lesivas al derecho en cuestión<sup>77</sup>. Se trata, en suma, de un sistema que debe ser abierto, además de funcional a la finalidad disuasoria.

A manera de resumen, el siguiente cuadro grafica el contenido de la reserva de ley prevista en el artículo 27 de la Constitución:

Reserva de ley en materia de protección contra el despido	
Límite formal	Límite material
Reserva de ley formal	Adecuada protección (cualitativa y cuantitativa) aplicable al despido arbitrario

Finalmente, la estructura constitucional del sistema de protección contra el despido en el Perú puede resumirse en el siguiente cuadro:

Estructura constitucional del sistema de protección contra el despido
---

psicológico, físico, reputacional, etc. Resulta curioso que haya sido a través de esta vía que en el sistema peruano se logró superar la indemnización tarifada -más específicamente, por medio del daño moral.

<sup>77</sup> La Corte Suprema de Argentina, en el caso *Manuela Jáuregui vs. Unión Obreros y Empleados del Plástico* (1984), sostuvo que la cuantificación de la indemnización debe utilizar criterios más importantes, tales como la pérdida de poder adquisitivo. De lo contrario, señala esta alta corte, se estaría beneficiando indebidamente al empleador, generando además un grave deterioro del patrimonio del trabajador.

	Contenido
Ámbito subjetivo	Todos los trabajadores
Garantías de protección	Reserva de Ley formal Principio de causalidad
Medidas reparatorias	Adecuada protección contra el despido arbitrario
Medidas de protección a los ingresos	No indica

#### 1.2.2.2.1 *Excursio*: ¿Puede admitirse un sistema basado solo en la indemnización? Apuntes sobre un fallido intento de reforma constitucional

Con la redefinición de las medidas reparatorias a partir de los pronunciamientos del TC en los casos Fetratel y Eusebio Llanos Huasco, se ha promovido –desde diversas tribunas- la limitación de la reposición. Es en este contexto que la ex congresista Úrsula Letona, del partido Fuerza Popular, presentó un proyecto de reforma constitucional con la finalidad específica de acentuar la indemnización como principal medida reparatoria contra el despido -lo cual evoca a uno de los principales fines y efectos del Decreto Legislativo 728. La propuesta de enmienda en cuestión precisa lo siguiente:

Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, exclusivamente a través del pago de la indemnización por despido arbitrario establecida en la ley. Solo en casos de despido nulo, previstos taxativamente en la Ley, procede la reposición al centro de trabajo. [Énfasis añadido]

Antes de abordar la conformidad de esta propuesta de reforma con el parámetro desarrollado, debe criticarse la técnica y presupuestos lógicos empleados por la legisladora. Se aborda, en primer lugar, el diseño constitucional de protección contra el despido desde las categorías previstas por la legislación, situación que debería ser a la inversa. Tal escenario hace que la modificación resulte inadecuada, pues los alcances de la tutela constitucional se relegarían a las vicisitudes de la ley, pudiendo ampliarse o restringirse cualquiera de los supuestos sin mayor límite.

De otro lado, riñe esta propuesta con dos aspectos importantes del modelo de protección. En primer lugar, porque pretende impedir cualquier supuesto de reparación adicional, sea a través de otros mecanismos de responsabilidad o de montos adicionales. Tal hecho se opone de manera abierta a los pronunciamientos de las altas cortes citadas, y generaría, además, una situación de tutela reducida frente a otros supuestos. Esta opción, asimismo,

hace aún más necesaria la revisión de la configuración legal que tiene la indemnización por despido y los factores de cálculo que utiliza, de cara a su conformidad con el parámetro cualitativo de «adecuada protección». En segundo lugar, la necesaria taxatividad de los supuestos de nulidad exige, cuanto menos, coherencia con la garantía de respeto de los derechos fundamentales y dignidad del trabajador, prevista en el artículo 23 de la Constitución, así como con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

La propuesta de reforma, así como tiene objeciones desde el parámetro constitucional, también presenta serios problemas de cara al sistema interamericano a partir de la obligación de no regresividad -mandato que constituye un importante límite al legislador y Administración Pública<sup>78</sup>. En virtud de esta, cualquier medida que genere situaciones de menor garantía y eficacia de un DESC debe ser proscrita. Siguiendo a Courtis (2006), existen dos sentidos en que se puede expresar este incumplimiento: (i) en los resultados de una determinada medida o política; y (ii) a través de la aplicación de normas. Natalia Torres (2015) explica que, mientras que en el primer tipo se genera una menor eficacia del DESC por decisiones como, por ejemplo, la disminución o desviación presupuestaria; en el segundo caso la norma en sí misma genera un retroceso, sea porque agrava requisitos para ejercer o acceder al derecho, o porque se limita su ámbito sustantivo.

No obstante, resulta pacífico en el SIDH que la regresividad de un DESC puede ser temporalmente admitida. Ahora bien, tal justificación no puede sostenerse, de manera exclusiva, en base a criterios como la «gravedad», «magnitud» o «complejidad»<sup>79</sup>. El análisis a realizar pasa, principalmente, por estudiar el impacto que tiene la medida en el derecho. Si bien no es pacífico en la doctrina<sup>80</sup> los criterios de análisis, se proponen para esta labor: (i) justificación en base a circunstancias específicas y la promoción del interés general; (ii) el carácter imperioso y proporcional de la medida; y (iii) la salvaguarda de prestaciones mínimas y respeto del contenido esencial del derecho. Así, puede sostenerse que la no regresividad en la garantía y eficacia de los DESC constituye una regla general para todos los

---

<sup>78</sup> La CCC, en el caso *Abel Antonio Jaramillo y otros vs. Red de Solidaridad Social y otros* (2004), ha señalado que los niveles de protección alcanzados respecto de un derecho, en virtud del mandato de progresividad, no pueden modificarse de manera abierta al amparo de la libertad de configuración del legislador. Por ello, señala esta alta corte, toda medida, política o norma que involucre un retroceso respecto de un derecho debe de ser evaluada de manera estricta a fin de poder admitirse su validez. En el mismo sentido opinan autores como Courtis (2006).

<sup>79</sup> Si bien ha señalado la Corte IDH en el caso *Acevedo Buendía vs. Perú* (2009) que para la admisión de una medida regresiva se pueden incorporar elementos como la situación económica del país, las características y dimensiones del grupo afectado, éstas no constituyen el principal eje de análisis en la argumentación que sustente su validez conforme al parámetro convencional.

<sup>80</sup> Por ejemplo, en la doctrina hallamos que Courtis (2006) plantea un análisis de tres niveles, en donde se cuestiona, (i) el interés estatal calificado; (ii) el carácter imperioso de la medida; (iii) la inexistencia de medios menos lesivos. Arango (2006), por el contrario, propone, sin un orden de prelación específico, criterios tales como la validez y suficiencia de las justificaciones; la indemnidad de grupos vulnerables; el cumplimiento de parámetros internacionales; el respeto al contenido esencial del derecho, entre otros. En un sentido similar a Arango, el CDESC (2008) señaló en su observación general sobre el derecho a la seguridad social un listado de seis criterios conjuntivos para escrutar. No obstante, sí resulta pacífico, que esta medida deberá tener un límite temporal, en atención al deber de progresividad.

Estados parte, siendo la excepción aquellas medidas que bajo determinados estándares jurídicos y materiales reducen temporalmente la protección del derecho.

Como primer paso para estudiar la reforma en clave de regresividad, corresponde efectuar una comparación entre el texto constitucional actual y el propuesto –específicamente con relación a las medidas reparatorias que regula. A partir de ello, como se señaló antes, se puede concluir que se busca generalizar la indemnización como medida reparatoria, reduciendo los supuestos de reposición y sin observar los pronunciamientos del TC. Se constituye como medida regresiva, por tanto, la imposición legal de la reparación monetaria para los casos de despidos incausados, fraudulentos y lesivos de derechos fundamentales no previstos en la Ley. El siguiente cuadro resume los cambios de la siguiente manera:

Comparación de implicancias entre el texto constitucional vigente y el propuesto		
Implicancias respecto a las medidas reparatorias	Artículo 27 (vigente)	Artículo 27 (Propuesta)
Indemnización	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No precisa.</li> <li>- La ley lo prevé para los casos en donde no se acredite debidamente la causa.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Regla general para todos los supuestos.</li> </ul>
Reposición	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No precisa.</li> <li>- La ley prevé cinco supuestos.</li> <li>- El TC prevé esta medida adicionalmente para los casos de despido incausado, fraudulento y lesivo de derechos fundamentales.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Excepción solo para los casos de despido nulo previsto por la Ley, que actualmente son cinco.</li> </ul>

¿Existe alguna justificación basada en las circunstancias o características particulares de los mercados de trabajo que requieran acotar, aún más, la reposición? Nótese, para empezar, que esta medida ya se encuentra definida para determinados supuestos, los cuales por su gravedad ameritan un drástico reproche del ordenamiento. Constituye, por tanto, una excepción en el sistema de tutela. Asimismo, esta se vuelve inoperante para aquellos trabajadores sujetos a contratos temporales –los cuales conforman alrededor del sesenta por ciento de la masa asalariada privada, según las cifras del MTPE. En tal sentido, resulta difícil plantear que este pequeño ámbito objetivo deba reducirse aún más. Debe añadirse, por otro lado, que la eliminación de la reposición en los supuestos de despido incausado y fraudulento debe pasar, de manera adicional, por justificar una interpretación constitucional distinta a la realizada por el TC con relación al derecho al trabajo. En tal



sentido, la única forma de lograr un cambio de criterio es a través de una interpretación mutativa<sup>81</sup> del artículo 22 de la Constitución, la cual tendría como efecto modificar el contenido normativo que se atribuye al derecho al trabajo. Hecho que exige, además de un eventual cambio en la disposición, una nueva propuesta hermenéutica en base a una distinta realidad social y jurídica.

De otro lado, ¿qué bien jurídico de relevancia se busca promover a través de esta medida regresiva? Para responder a esta pregunta es importante recordar que la reposición se otorga, en síntesis, para aquellos casos en donde se lesionan derechos laborales específicos o inespecíficos<sup>82</sup>. De ahí la necesidad de contar con una justificación constitucional reforzada, no bastando solo con alegar el derecho a la libertad de empresa. Cabe señalar, además, que no se identifica una relación jurídica y empírica de esta propuesta con la promoción de una política de pleno empleo. No se puede afirmar, por tanto, que esta medida responda a la promoción de un bien jurídico que requiere de especial atención dada las circunstancias particulares o su importancia para la sociedad.

Luego de evidenciar la inexistencia de justificación contextual de la medida regresiva, así como su falta de legitimidad en cuanto al interés general, se procederá a realizar el mismo ejercicio respecto al carácter imperioso de la medida, así como su proporcionalidad. Como ya se ha sostenido, no se identifica alguna vinculación entre la medida y la necesidad de fomentar algún bien jurídico de relevancia constitucional vinculado a las relaciones laborales. De modo tal que no se cumple con este criterio. Tampoco lo hace desde una perspectiva de proporcionalidad, toda vez que al suprimir una medida reparatoria idónea para proteger derechos fundamentales, impone que se otorgue una menos apropiada y que -en la actualidad- no cumple con el criterio de adecuada protección.

Finalmente, en cuanto a la salvaguarda de prestaciones mínimas resta señalar que, si bien la indemnización constituye una reparación menos apropiada, este criterio se satisface en la medida en que no se excluye cualquier posibilidad de remediar la situación. No sucede lo mismo respecto al segundo elemento de análisis: la tutela del contenido esencial del derecho. El TC peruano mantiene una línea jurisprudencial establecida en el caso FETRATEL y SUTTP (2001) que sostiene la incompatibilidad de otorgar solo una indemnización en los despidos cuya causa no exista o se encuentre viciada. Por lo tanto, al igual que con otras aristas anteriores, la medida regresiva no satisface este aspecto.

Discutir una modificación constitucional de este tipo permite arribar, por último, a una conclusión capital en esta materia: es importante abandonar los sesgos ideológicos o los puros intereses económicos al momento de optar por una forma de regulación específica que

---

<sup>81</sup> Para un mayor desarrollo sobre el concepto de mutación constitucional y sus límites de cara al legislador recomendamos la lectura de Rojas (2015).

<sup>82</sup> Siguiendo la posición de Blancas (2022), el despido nulo previsto en el artículo 29 de la LPCL tutela tres derechos fundamentales : (i) libertad sindical; (ii) no discriminación; y (iii) el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En cuanto al incausado, se protege el derecho al trabajo. Por último, tres de los cuatro supuestos desarrollados por el TC para el fraudulento se podrían encauzar como vulneraciones al debido proceso. Así, el único supuesto que presenta alguna dificultad para vincularse con la tutela de algún derecho fundamental es el relativo a la renuncia o mutuo disenso suscrito con vicio de la voluntad.

proteja contra el despido. Tan cuestionable es la adopción de un sistema cuya única reparación sea la indemnización, como uno en el que solo exista la reposición –más cuando el remedio es impuesto por Ley (ex lege). ¿Cuál es la receta? A esta premisa, por otro lado, tiene que incorporarse, además, el ineludible deber de coherencia y respeto de los valores que informan el Estado Constitucional de Derecho.

A este denso contenido normativo se le añade una serie de obligaciones internacionales derivadas del PSS en materia de protección contra el despido que, con ocasión del caso Lagos del Campo vs. Perú han sido desarrolladas. El siguiente apartado estará enfocado en su concretización y análisis.

### 1.3. Un modelo supranacional: el sistema interamericano de protección contra el despido

El bloque de convencionalidad, en el marco del estudio de los derechos humanos, constituye un concepto clave. Este alude a la relación entre las normas constitucionales de derecho interno, con aquellos principios y mandatos previstos en los instrumentos internacionales, así como en los pronunciamientos de sus órganos de control. De esta manera, se facilita una **“ampliación del contenido de la norma suprema para facilitarle una permanente adecuación histórica” (Villavicencio, 2009, p.71). Por otro lado, esta** figura expresa su obligatoriedad a través de la técnica de control normativo denominada control de convencionalidad, a través de la cual se contrastan normas de derecho interno a partir de los instrumentos internacionales del SIDH (Torres, 2013, p.162).

Desde esta perspectiva, el presente subcapítulo desarrolla los alcances de las obligaciones en materia de objeto de investigación, con ocasión del primer pronunciamiento que interpreta directamente el artículo 7, inciso d) del PSS. Esta tarea se emprende y estructura, como se señaló en la introducción, en base al marco teórico previsto para el diseño de los sistemas de protección contra el despido. Ahora bien, conviene señalar que este trabajo recoge también el tránsito de la evolución de en materia de judicialización de los DESC, así como su vinculación -ciertamente tangencial- a la estabilidad laboral.

Durante años, la atención y estudio de diversos instrumentos internacionales en materia de derechos sociales fue relegada, tanto por el debate sobre su posible judicialización, como por su aparente naturaleza programática. Así, y en el caso del sistema interamericano, la lectura inicial que se hizo del artículo 26 de la CADH implicaba una diferencia en la tutela a los DESC (Cinco pensionistas vs. Perú, 2003). Sin embargo, será a través del litigio estratégico que se buscará modificar esta orientación. Acevedo Buendía vs. Perú (2009), desde esta perspectiva, supuso un primer paso al impulsar la denominada «protección indirecta» por medio de las garantías civiles y políticas, y que siguió desarrollándose en otros pronunciamientos a través del criterio de interdependencia de los derechos civiles y políticos con los DESC.

La sentencia del caso Lagos del Campo vs. Perú (2017) implica, entonces, una evolución jurisprudencial de particular relevancia, pues permite efectivizar una valiosa cantidad de

derechos que fueron solo tutelados por medio de diferentes estrategias<sup>83</sup>. Desde la perspectiva de la proyección indirecta de las sentencias (res interpretata), este pronunciamiento tiene un valor general y particular. El primero implica la novación de los criterios de la Corte IDH con relación a la judicialización de los DESC, permitiendo concretar las obligaciones estatales contenidas en los instrumentos internacionales especializados en esta materia<sup>84</sup>. Y, de modo específico, perfila con este pronunciamiento los deberes estatales en cuanto a la protección contra el despido -tema que será objeto de este apartado<sup>85</sup>.

Previo a este pronunciamiento de la Corte IDH, cabe precisar, las violaciones al derecho a la estabilidad laboral que fueron de conocimiento de este tribunal se judicializaron por medio de la protección indirecta. Ejemplo de ello es el caso Milton García y otros vs. Nicaragua (2001). Se explica esta situación porque solo ciertos derechos laborales específicos eran susceptibles de ser llevados a este tribunal de manera directa: prohibición de trabajo forzoso y esclavitud, protección al trabajador menor de edad y libertad sindical (Canessa, 2018, p.148).

### 1.3.1. Garantía formal de protección en el sistema interamericano de derechos humanos: la reserva de Ley

El primer aspecto en la estructura particular del sistema de protección contra el despido interamericano es la reserva de ley como garantía formal -prevista, además, para cualquier limitación a derechos humanos. El alcance y contenido de ésta, en la medida en que no estaba desarrollado de manera precisa, abrió el debate con relación a si la fuente debía ser formal o material. Es así que por medio de la opinión consultiva N° 6/86, la Corte IDH se pronunció sobre las condiciones para que los Estados parte puedan establecer restricciones válidas a partir del artículo 30 de la CADH.

Conforme a la interpretación del órgano de control, de la mencionada disposición se desprenden tres requisitos concurrentes: (i) autorización expresa de la restricción; (ii) control sobre la desviación del poder (finalidad legítima e interés general); y (iii) fuente legal de las restricciones (Corte IDH, 1986). Desde esta perspectiva, la reserva presenta una serie de componentes (Risso, 2011, p.103). Para esta posición no basta, en síntesis, positivizar en una norma la restricción para lograr su validez. Solo serán admitidas a partir de una lectura

---

<sup>83</sup> La judicialización de los DESC, por medio del litigio estratégico, se ha realizado por diferentes vías. Entre éstas, se identifican el reencauzamiento por medio de: (i) los derechos civiles y políticos; (ii) la tutela jurisdiccional efectiva; y (iii) el mandato de no discriminación.

<sup>84</sup> Ahora bien, en ese contexto, cabe plantear también escenarios de concurrencia entre los convenios especiales de la OIT y las obligaciones derivadas del PSS en materia de derecho del trabajo. En este contexto hipotético caben dos supuestos: (i) la concurrencia no conflictiva; y (ii) la conflictiva. La primera es quizá la más común, pues se trata de obligaciones mínimas, que en la mayoría de casos se complementan. El segundo supuesto, aunque insólito, se debería resolver a partir del criterio de favorabilidad, pues es el establecido en la mayoría de instrumentos internacionales para este tipo de casos (Neves, 2005).

<sup>85</sup> En *Lagos del Campo vs. Perú*, por ejemplo, se discute la aplicación del principio *iura novit curia* a efectos de declarar la violación de otros derechos no invocados por el peticionante y la CIDH.

de la CADH y Constitución cuando se armonicen con una serie de límites formales (reserva de ley) y materiales (control sobre la finalidad) que establecen ambos cuerpos normativos.

Respecto al límite formal, se puede observar que, para la Corte IDH, la deliberación democrática actuaría de manera bifronte. Por un lado, brindaría legitimidad social y representatividad a la medida en concreto. Mientras que, por otro, permitiría la oposición y formulación de propuestas distintas en el marco de un debate nacional. Tales aspectos constituyen, en definitiva, un impedimento para la arbitrariedad del poder<sup>86</sup>. No se excluye, sin embargo, la posibilidad de delegar estos deberes al Poder Ejecutivo. Tal habilitación, a criterio de la Corte IDH (1986), es admisible de forma excepcional, pudiendo efectuarse si, (i) la delegación está autorizada por la Constitución; (ii) se ejerce con arreglo a los límites constitucionales y de la ley autoritativa; y (iii) hay un control efectivo posterior frente a la delegación.

Junto a esta evaluación de la norma se ubica, también, el control sobre la finalidad legítima que debe observar cualquier limitación a un derecho humano. Se trata, pues, de un control sobre la discrecionalidad que detenta el legislador para establecer una restricción (Barak, 2017). Así, y expresado a través del parámetro de proporcionalidad, se persigue circunscribir la justificación de los límites, así como los alcances y condiciones establecidos para este (Barak, 2017). Por ello, siguiendo a Clérico (2009), puede afirmarse que la validez del derecho impone tanto un control sobre aquella regulación limitativa, como a aquella que resulte insuficiente y/o que imposibilite su ejercicio.

Otros sistemas regionales de derechos humanos también han resuelto controversias con relación al tipo de fuente que debe contener las limitaciones. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en el caso *Sunday Times vs. Reino Unido* (1979), ha discutido, con relación a la restricción de la libertad de expresión, sobre la frase «prevista por la ley»<sup>87</sup>. En este pronunciamiento se plantearon dos criterios materiales que requiere atender cualquier norma: (i) ser adecuada y accesible para que cualquier persona pueda entender los mandatos aplicables; y (ii) ser precisa respecto de la conducta que regula y las consecuencias jurídicas aplicables. Ambos criterios se complementan con el control sobre la finalidad legítima e interés general. Se observa, pues, que, pese a existir cierta flexibilidad en la forma cómo se produce una determinada regla, se mantienen ciertas exigencias formales y materiales.

---

<sup>86</sup> Se ha discutido sobre la centralidad de la deliberación mínima en los procedimientos de elaboración de normas, en particular, por su relación con el principio democrático. Sin precisar su adhesión a algún tipo de modelo de control desarrollado en la experiencia comparada (Otárola, 2013), el ex magistrado Eloy Espinosa-Saldaña en el caso *Poder Ejecutivo y congresistas vs. Congreso de la República* (2018) se ha pronunciado de manera favorable para evaluar los déficits deliberativos por el conjunto de exoneraciones y premura en su tratamiento, así como por su especial trascendencia respecto a otros derechos fundamentales.

<sup>87</sup> Resulta importante destacar que en este caso, al tratarse de un sistema jurídico de tradición anglosajona, el TEDH se enfoca, más que en el tipo de fuente, en los requisitos materiales que implica una norma. Así, busca garantizar que el instrumento internacional sea interpretado de una manera apropiada para realizar su objeto y fin.



Ambos criterios, finalmente, son recogidos por los Principios de Limburgo –norma de soft law dirigida a desarrollar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Como regla general señala este instrumento que cualquier limitación deberá contar con una habilitación en el derecho interno. Desde una perspectiva formal plantea, al igual que en el caso *Sunday Times vs. Reino Unido* que estas restricciones deberán ser accesibles y claras en su formulación. Junto a estas exigencias de carácter formal, como en los sistemas regionales, se plantean elementos de control material: control de arbitrariedad, no discriminación y razonabilidad.

Realizada esta primera precisión sobre la garantía de reserva de ley prevista en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), corresponde desarrollar una aproximación al trabajo como derecho humano, así como cuáles son las obligaciones específicas que derivan de este.

### 1.3.2. El trabajo como derecho humano: contenido y alcances en el Protocolo de San Salvador

Siguiendo a Ermida (2007) la conceptualización del trabajo como derecho humano pasa no solo por identificar su estrecho vínculo con la dignidad –concepto que fundamenta a esta categoría-, sino también porque posibilita la satisfacción de las necesidades personales, garantizando, así, la subsistencia y autonomía individual<sup>88</sup>. La consagración en instrumentos internacionales, por tanto, permite construir, más que una definición tanto material como formal –a pesar de los problemas que pueda representar por su necesaria ratificación en el Derecho nacional<sup>89</sup>. Pese a estas diferencias, interesa señalar, en este aspecto, que desde ambas perspectivas se afirma una titularidad universal como una de las principales características de este concepto.

Así, sea que se adopte una definición formal o material de derechos humanos, del Protocolo de San Salvador se desprende una vocación de universalidad en cuanto a la delimitación del ámbito subjetivo. No se puede afirmar, por tanto, que existan supuestos fuera de su tutela. **Conviene señalar que la referencia a las “características de las industrias y profesiones” si bien podría fungir de habilitación a determinadas exclusiones, tal posición no debería compartirse.** Interpretar ese extremo del artículo como una excepción implicaría, primero, una restricción a la vocación de universalidad que tiene los instrumentos de derechos humanos. Asimismo, sería contraria al principio *pro persona*, pues impediría una lectura que optimice la eficacia general de la norma en cuestión<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Desde la filosofía política, autoras como Agnes Heller (1996) han justificado la centralidad del concepto de «necesidades» en la definición del ser humano. Para una discusión sobre la fundamentación de los derechos humanos recomendamos la lectura de Otero (2006), así como la tesis de Sosa (2013).

<sup>89</sup> Oscar Ermida (2007) y Héctor Hugo Barbagelata (2009) postulan que aquellos derechos humanos laborales de especial trascendencia para el ordenamiento y la sociedad constituyen mínimos indisponibles que no pueden depender de la ratificación de un estado, pues constituyen *ius cogens*. Esta posición también ha sido desarrollada en la doctrina nacional por Villavicencio (2009).

<sup>90</sup> Al respecto, conviene señalar que el principio *pro persona* constituye un criterio fundamental en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos para dirimir controversias relativas a la



Nótese que la naturaleza de este tratado muestra una impronta diferente al de otros instrumentos internacionales más especializados en la materia. Por ejemplo, en el Convenio 158 y la Recomendación 166 de la OIT, si bien se resalta la aplicación general del sistema de protección, sí se admiten algunas excepciones generales –precisando ciertas garantías para que las exclusiones respondan realmente a criterios objetivos. Por ejemplo, en el caso de los contratos temporales, se sostiene que deberá contarse con recursos para cuestionar su uso fraudulento. Y, en cuanto al periodo de prueba, que éste deberá fijarse previamente y ser razonable. Los dos instrumentos internacionales, por último, también prevén la posibilidad de excluir a categorías especiales de trabajadores, siempre que las disposiciones aplicables a ellos otorguen una protección equivalente, y cuando se presenten problemas especiales dada las condiciones particulares de los dependientes o del empleador.

De esta manera, a partir de las reglas del Convenio, no basta con que se identifique la existencia de una relación especial de trabajo. El estatuto aplicable deberá de otorgar una protección equivalente, que comprende al sistema en su integridad. En ese sentido, se pueden identificar supuestos en el ordenamiento peruano que no cumplen este segundo aspecto de la excepción. En el sector privado, por ejemplo, los trabajadores de dirección y confianza; y en la Administración Pública, aquellos que se encuentran sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 1057 (CAS). De esta manera se puede concluir que, incluso en instrumentos más permisivos respecto del ámbito subjetivo, la exclusión absoluta es incompatible con los estándares previstos.

Definido el ámbito subjetivo corresponde ahora desarrollar cuáles son las obligaciones que se desprenden del Protocolo de San Salvador en materia de protección contra el despido.

#### 1.3.2.1. Obligaciones específicas en materia de protección contra el despido en el sistema interamericano de derechos humanos

Los instrumentos de derechos humanos imponen a los Estados una serie de deberes dirigidos a asegurar su efectividad. Para ello, estos mandatos se estructuran a partir de diferentes contenidos, los cuales se complementan para lograr el fin del tratado. Así, se identifican las obligaciones generales de respeto, garantía y adopción de medidas internas<sup>91</sup>.

La primera obligación de los Estados-parte que se identifica es la de respeto de los derechos humanos. Al respecto, la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988) enunció su contenido general en los siguientes términos:

La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la

---

interpretación. Este criterio hermenéutico, el cual favorece la mayor efectividad de los mandatos o la menor restrictividad de los mismos, es coherente con el objetivo de otorgar una mayor tutela a los derechos humanos, así como con los criterios previstos en el numeral 1 del artículo 31 del Convenio de Viena.

<sup>91</sup> En un sentido similar, como señala la directriz número 6 de Maastricht, se impone a los Estados en materia de DESC, tres tipos de obligaciones: respeto, protección y cumplimiento. Conviene señalar, sin embargo, que al contemplar contenidos similares, esta distinción resulta menor en términos prácticos y de fondo.

función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

De esta manera, la obligación de respeto impone un mandato de abstención, a todos los poderes públicos y privados, de afectar la dignidad humana. El fundamento de este límite radica en que, al tratarse de la protección de atributos inherentes a todos los seres humanos, se trata de un bien superior al poder estatal. De este modo, se observa que el ejercicio del poder, en cualquiera de sus manifestaciones, sea público o privado, se encuentra subordinado a los derechos humanos.

Como reverso de la obligación de respeto se ubica la de garantía. A través de ésta, se ordena que todas las estructuras del aparato estatal deben dirigirse a salvaguardar el ejercicio pleno de los derechos humanos. Para ello, se determina los necesarios deberes de prevención, investigación y sanción para cualquier supuesto de violación de la CADH, así como el reestablecimiento –cuando corresponda- del derecho lesionado y su reparación (Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988). Se puede inferir, a partir de ello, que para garantizar la eficacia de los derechos humanos no solo se requiere de un cuerpo normativo, sino también de una predisposición de los diferentes niveles estatales para garantizar su plena efectividad<sup>92</sup> (Ferrer Mac Gregor y Pelayo, 2012).

Por último, la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno supone la implementación de medidas –legislativas o de otra índole- que permita efectivizar los derechos. Este deber se expresa, tanto en la supresión de cualquier disposición o práctica que importe la inobservancia de o violación de la CADH, como en la promulgación de normas o fomento de conductas de promoción a los derechos humanos. Ahora bien, la adecuada observancia de esta obligación supone que las acciones ejecutadas permitan garantizar la efectividad de la CADH en el derecho interno (Bulacio Vs. Argentina, 2003).

A manera de resumen, el siguiente cuadro consolida las obligaciones generales y su contenido conforme a los pronunciamientos de la Corte IDH:

Obligaciones generales establecidas por la CADH y su contenido	
Obligación general	Contenido
Respeto	Abstención del Estado de lesionar derechos humanos.
Garantía	Aseguramiento del ejercicio pleno de los derechos humanos.
Adoptar medidas	Implementar prácticas o normas de fomento de los derechos humanos.

<sup>92</sup> Al respecto, conviene señalar que en *Velásquez Rodríguez* se precisa que un acto privado puede, eventualmente, debido a la actuación del Poder Judicial, generar la responsabilidad internacional del Estado, considerando las obligaciones de respeto y garantía.

Elaboración propia

Ahora bien, resulta importante señalar que la CIDH ha establecido determinados estándares con relación al respeto y garantía de los derechos humanos en el ámbito de las relaciones laborales. Primero, señala que las obligaciones generales previstas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH son aplicables a los derechos previstos en el artículo 26 en los contextos de actividades económicas privadas (CIDH, 2020). Como consecuencia de ello, los Estados se encuentran obligados a exigir a las empresas observen una especial diligencia para la prevención y mitigación de vulneraciones al instrumento internacional (CIDH, 2020). Así, puede determinarse responsabilidad internacional cuando empleadores privados afecten **derechos con la “tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación”** (CIDH, 2020, p.22).

No cabe duda que en razón de su amplia definición estas obligaciones internacionales deben ser interpretadas para determinar aquellos comportamientos o disposiciones que requieren adoptarse por parte de un Estado a efectos de cumplir con la CADH (Lengua, 2018). De ahí que los siguientes apartados se dirijan a realizar dicha tarea con respecto a la protección contra el despido.

#### 1.3.2.1.1. La obligación de respeto y garantía de los derechos humanos en clave de protección contra el despido

Si bien es cierto que el cambio de aproximación a los DESC como derechos justiciables es reciente y, por lo tanto, poco se han desarrollado las obligaciones específicas, la tarea de determinar el contenido de estas cuenta con pronunciamientos directos e indirectos que abordan la materia. En tal sentido, la lectura concordada y sistemática de éstos junto a la disposición específica del PSS permite abordar de una manera suficiente a la protección contra el despido en el sistema interamericano. Así, esta tarea llevará a cabo, en primer lugar, el análisis general del artículo 7, inciso d) del citado instrumento, para luego darle una lectura sistemática acorde con los pronunciamientos de la CIDH y Corte IDH<sup>93</sup>.

Como punto de partida, se observa del articulado del PSS que la protección contra el despido –denominada estabilidad laboral- se vincula al derecho al trabajo en la medida en que constituye una condición para su goce y ejercicio adecuado. Lejos de constituir una nimiedad, permite afirmar la trascendental importancia de este aspecto para las relaciones laborales individuales, así como también reafirma su valor para la construcción de conceptos más amplios como el de «trabajo decente o digno». En específico, y como ya vimos, el citado instrumento señala lo siguiente:

---

<sup>93</sup> Resulta importante mencionar que la Corte IDH ha tenido importantes casos en los que se ha abordado, a través de la protección indirecta, el derecho a la estabilidad laboral. No obstante, las consideraciones y fundamentos vertidos no resultan plenamente trasladables en la medida en que son casos de funcionarios públicos de una carrera especial (judicial), ya que el fundamento de la protección contra el despido en estos casos difiere del reconocido para el sector privado (Miñambres, 2001).

## Artículo 7.- Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

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

De este primer dato, se puede sostener que el PSS, en materia de protección contra el despido, reconoce al principio de causalidad como aquella bisagra que permite, tanto la contratación temporal como la terminación individual. Asimismo, dispone que aquellas extinciones injustificadas –entendidas como insuficiente acreditación de la causa- sean reparadas por medio de una prestación prevista en el derecho interno. Todo ello, como resulta lógico, se debe enmarcarse en una regulación adecuada de las relaciones laborales, y de un proceso judicial idóneo que permita el control material del despido y la proscripción de la arbitrariedad.

Desde esta lógica, la Corte IDH en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* enuncia las siguientes cuatro obligaciones específicas:

149. [...] se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos (*Lagos del Campo vs. Perú*, 2017, p.50).

Tres aspectos son relevantes en este párrafo del pronunciamiento. Se reitera, en primer lugar, que el sistema interamericano se adscribe a un modelo causalizado –por medio del cual se busca controlar el ejercicio del poder privado en la contratación y terminación del contrato. Por otro lado, los despidos injustificados deberán ser, necesariamente, reparados –de modo que situaciones arbitrarias o contrarias al ordenamiento no pueden dejar de ser objeto de protección. La forma de reparación, sin embargo, no se encuentra predeterminada, sino que los Estados la definirán. Finalmente, hay que resaltar que la Corte enfatice en la necesidad de contar con un proceso de impugnación que cumpla con las garantías del debido proceso, y no extrapole estas, incluso, a los denominados procedimientos internos de despido.

Además de ello, hay un último aspecto a resaltar: hay pronunciamientos que abordaron de manera indirecta la protección contra el despido y tienen un contenido particular con



relación a las medidas reparatorias. Así, por ejemplo, en las recomendaciones del caso Humberto Vásquez vs. Perú (2000) si bien no se analizó la vulneración a la protección contra el despido sino las garantías judiciales del debido proceso, la CIDH indica que, a efectos de reparar la violación a los derechos del denunciante, junto al reintegro a su puesto de trabajo deberá otorgarse todas las acreencias laborales no percibidas con ocasión de su remoción arbitraria (Neita y otros, 2016).

Visto de esta manera, y luego de haber identificado determinadas obligaciones específicas, corresponde ahora desarrollar las dos principales: el principio de causalidad y las medidas reparatorias.

La principal obligación que destaca en los pronunciamientos de la Corte IDH es la relativa al diseño de un sistema de despido causal. Solo a través de este, según el órgano de control, se podría habilitar la terminación de la relación por voluntad del empleador. De modo tal que, como primer punto, se formaliza un deber estatal que involucra la adscripción al modelo causalizado, y como consecuencia de ello se proscribe la libre extinción unilateral por parte del empleador<sup>94</sup>. Resulta importante destacar este aspecto inicial, en Perú, por dos razones. Primero, porque constituye un límite a las posibilidades de reforma que puede emprender el Estado para modificar el régimen jurídico. Y, en segundo lugar, porque permite atribuir un contenido mínimo (Canessa, 2009, p.295) desde una perspectiva formal y material de aquellos motivos suficientes que permiten justificar la sanción empresarial.

Partiendo de la adscripción a un modelo causalizado de despido, los Estados tienen, de manera genérica, tres opciones de estructurar el principio de la causalidad en su legislación (Albuquerque, 1985, p.21-22; Pasco, 1985, p.274). La primera es a través de una lista taxativa de supuestos –que además permite armonizar el principio de legalidad. Una segunda implica habilitar la extinción a partir de una cláusula general, que contendría una fórmula general sobre la falta grave laboral. Por último, la tercera opción pasa por acoplar las alternativas previas. En tal sentido, se tipifican una serie de supuestos, pero se admite la inclusión de nuevas hipótesis. Luego de establecer cómo se determinan las causas de despido, corresponde analizar su aplicación a partir de las dimensiones formal y material del principio de causalidad.

Desde una dimensión formal, el principio de causalidad procura insertar una serie de garantías dirigidas a controlar la determinación y configuración de la sanción. De este modo, primero, la «falta grave laboral» se examinará a nivel general (in abstracto). Lo cual supone que se examinen las conductas y/o capacidades sobre la base de los criterios de gravedad y culpabilidad, según el sistema al cual se adscribe la legislación<sup>95</sup>. El empleador, en ese

---

<sup>94</sup> El modelo norteamericano de *employment-at-will* es, quizá, el ejemplo paradigmático que admite la libre extinción del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Sin embargo, a la fecha, si bien constituye una regla general, la jurisprudencia ha creado una serie de excepciones a través de las doctrinas del *wrongful dismissal* -las cuales son muy afines al control de la arbitrariedad y protección de derechos fundamentales (Cano, 2000 y Gómez, 2009). Vale señalar, además, que este modelo es minoritario a nivel mundial. La OIT (2011, p.71-72) ha señalado que, de una muestra de 75 países, solo 16 no exigen justificación alguna para despedir.

<sup>95</sup> Desde esta perspectiva, en el caso peruano no bastaría solo con la tipificación legal de determinadas conductas, sino que éstas deben cumplir con criterios los criterios expuestos. Pasco



sentido, se encuentra en la obligación de identificar e individualizar aquellos actos u omisiones realizados por el dependiente que serán sancionados. Se complementa esta primera forma de control con el análisis sobre la inmediatez<sup>96</sup> de la falta y la prohibición de *bis in idem*<sup>97</sup>. Ambos dirigidos a configurar la decisión empresarial. No obstante, mientras que el primero supone reparar en la oportunidad temporal en que se castiga (Blancas, 2022), el segundo busca evitar la doble sanción.

Tras evaluar la «falta grave laboral» a partir de este primer nivel de análisis, se incorpora la perspectiva material –la cual vira hacia la aplicación. Así, la decisión de extinguir el vínculo será ahora objeto de control a partir de un criterio de proporcionalidad. Examen que, en esta ocasión, se realizará atendiendo al caso concreto (*in concreto*). Y donde corresponde examinar las circunstancias subjetivas y objetivas que enmarcan el contexto, constituyendo, por tanto, un análisis circunstancial<sup>98</sup> (Fernández, 2017, p.109; Alburquerque, 1988, p.24).

Como parte del sistema de protección contra el despido, el principio de causalidad constituye, en conclusión, un engranaje muy importante. Su alcance llega a todas aquellas decisiones unilaterales del empleador que persiguen la extinción del vínculo –sin importar la denominación o *nomen iuris* que se le atribuya en la legislación. Por otro lado, en cuanto a su contenido puede observarse dos dimensiones. Una primera, formal, que implica un mandato de materialización escrita de la sanción en aras de la seguridad jurídica. De otro lado, en el ámbito sustancial o material, se exige que la conducta del trabajador constituya un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones –lo que conlleva un análisis de proporcionalidad respecto de los hechos.

A manera de resumen, el principio de causalidad se estructura de la siguiente manera:

Estructura del principio de causalidad
--

---

(1985, p.272) sostenía, al respecto, que los elementos de la falta grave laboral son la tipicidad y gravedad. No obstante, olvida el citado autor que existen tres sistemas para estructurar las causas justas de despido entre los cuales solo uno incorpora el elemento de tipicidad –el sistema taxativo.

<sup>96</sup> El ejercicio de la potestad disciplinaria o sancionadora del empleador, de acuerdo con la doctrina, encuentra uno de sus límites relativos a la configuración en el principio de inmediatez. Al respecto, este valida, únicamente, la oportuna reacción empresarial ante la afectación de bienes jurídicos empresariales (Gil, 1993). En tal sentido, aquellas sanciones impuestas fuera de un plazo razonable impiden la configuración de un ejercicio válido de la potestad empresarial. Para un mayor desarrollo respecto a la discusión sobre el conocimiento -aspecto clave para determinar la aplicación del principio de inmediatez- de la falta se recomienda los trabajos de Gil (1993) y Tortuero (1996).

<sup>97</sup> A diferencia del principio de inmediatez, el cual evalúa la oportunidad de la reacción empresarial, la prohibición de *bis in idem* implica proscribir que exista una pluralidad de sanciones para la protección del mismo bien jurídico (Fernández, 1991, p.291). En ese sentido, más allá de la denominación de la imputación, corresponde evaluar el fundamento jurídico y teleológico de cada falta.

<sup>98</sup> Al respecto, debe señalarse que este tipo de análisis se vincula de manera directa con la exigencia de motivación de la decisión empresarial. Ello en la medida en que permite evidenciar aquel control disciplinario que efectúa el empleador a partir del contenido formal de la falta (gravedad y culpabilidad).

Dimensión formal Determinación y configuración de la causa justa de despido		Dimensión material Aplicación de la causa justa de despido
Configuración	Determinación	Análisis de proporcionalidad en el caso concreto
Inmediatez <i>Non bis in idem</i>	Test de gravedad y culpabilidad	

Toda esta compleja estructura que rodea al principio de causalidad es expresión, desde la perspectiva del sistema interamericano, de las obligaciones de respeto y garantía que ordenan establecer mecanismos de protección capaces de ejercer un control efectivo sobre las causas de terminación de la relación de trabajo. De ahí que en los procesos de impugnación de despido pueda cuestionarse, tanto la configuración, como la aplicación de una causa justa.

#### 1.3.2.1.2 La obligación de reparación en los casos de despido injustificado

De otro lado, en el diseño del SIDH, las medidas reparatorias contra el despido se expresan para un supuesto en concreto: el despido injustificado. Frente a este escenario, indica la disposición, se podrá: reponer al trabajador, otorgar una indemnización o brindar cualquier otra prestación. Al respecto, hay tres cuestiones importantes a desarrollar. Un primer aspecto consiste –como en el caso del artículo 27 de la Constitución- en determinar el alcance del término «injustificado» para el tratado. Lo cual resulta relevante a efectos de encuadrar el supuesto en el que los Estados tienen libertad de definir las diferentes opciones de reparación. De otro lado, el segundo consiste en dilucidar si es que estas medidas son o no excluyentes de cualquier otro sistema de tutela jurídica. Por último, si es que estas medidas presentan algún contenido mínimo que cuestione el otorgamiento de un remedio formal.

Hay, con relación a la categoría «despido injustificado», dos interpretaciones. La primera asumiría un concepto restringido, englobando solo aquellos casos en donde, pese a cumplir con las garantías, el órgano jurisdiccional no convalida la extinción. Una segunda posición, más amplia, añade a este primer grupo la extinción sin causa -denominada, también, incausada o ad nutum. No obstante, esta última interpretación presenta serias objeciones. En primer lugar, supondría una clara incompatibilidad con el modelo causal que adopta el instrumento internacional. Hecho que no podría ser admitido, además, a partir de una interpretación pro persona y conforma al objeto y fin del tratado, pues se estaría limitando el goce y ejercicio de un derecho. En segundo lugar, implicaría un desmontaje de tanto límites materiales, como formales. Esta situación terminaría por acentuar la efectividad de todo el sistema de protección en las medidas de reparación –específicamente, en la

posibilidad que éstas funcionen como disuasor (Gorelli, 2010, p.53)- y no en las obligaciones de respeto y garantía.

Cuando se discutió la constitucionalidad del cese sin causa y su forma de reparación en el TC peruano, la doctrina fue diversa en sus aproximaciones. Un primer grupo admitía indistintamente la reposición e indemnización como formas de reparación para este despido (Neves, 2001, p.13), un subgrupo, incluso, equiparando el término «injustificado», del PSS, con «arbitrario», que utiliza la legislación peruana (Toyama, 2002, p.75). Otro sector, por el contrario, justificó la proscripción atendiendo a la magnitud o intensidad del acto (Arce, 2015), y a su falta de correspondencia con los valores constitucionales (Sanguineti, 2008, p.81). Tal perspectiva buscaba explicar por qué solo se prohibía el despido incausado sin incluir el supuesto donde el motivo no llega a probarse en juicio. Dicho aspecto era cuestionable, para otros autores, debido a que se consideraba que ambos tipos de cese tienen como sustrato la violación al derecho al trabajo (Cortés y Pizarro, 2002, p.92).

Una perspectiva que atiende al diseño del sistema de protección, sin embargo, podría aportar un nuevo enfoque. Mientras que la proscripción del despido incausado deriva la adscripción a un modelo causal, no ocurre lo mismo con la terminación sustentada en una causa no acreditada en un proceso. Para este último supuesto la configuración de las medidas reparatorias es más flexible. La OIT, por ejemplo, si bien prevé la reposición como regla preferente, admite que se otorguen otras medidas como, por ejemplo, indemnizaciones o prestaciones de desempleo. Desde esta perspectiva, el PSS sigue una senda similar: en lugar de optar por una forma de reparación, otorga un espacio de discrecionalidad a los Estados parte para que determinen la que se estime más conveniente, siguiendo la interpretación más estricta del término «injustificado». En síntesis, el PSS prevé un margen de configuración solo para esta categoría, y excluye al incausado de tal posibilidad.

Respecto al segundo problema, atendiendo a que se crean reglas de reparación especiales para los despidos injustificados, corresponde preguntar si estas medidas dispuestas por el PSS excluyen o complementan a otros sistemas de tutela del ordenamiento. Tal discusión cobra particular importancia en las legislaciones que han adoptado el modelo tarifado de indemnización -al cual se adscriben muchos Estados.

Se ha sostenido, desde la doctrina clásica del Derecho del Trabajo, que este sistema es excluyente (Napoli, 1971, p.149)<sup>99</sup>. Y, reconociendo tal limitación, autores como Plá (1978, p.256-257) y Martorell (1985, p.180) han propuesto supuestos de excepcionalidad, en donde por la gravedad del despido podría acumularse una pretensión adicional por daños y perjuicios. Otros autores, no obstante, han planteado que estas tarifas legales no pueden excluir la posibilidad que el trabajador acredite y logre tutela ante afectaciones superiores que no han sido cubiertas inicialmente (Gamonal, 2012, p.169-170).

Puede, sin embargo, plantearse un enfoque alternativo, que atienda a la función social y jurídica que cumple la indemnización por despido. Desde esa perspectiva, una primera aproximación identifica a esta medida con el resarcimiento de los daños producidos

---

<sup>99</sup> Incluso, a la fecha, hay sectores de la doctrina que alegan la importancia del sistema tarifado de indemnización para el Derecho del Trabajo (Brain, 2016, p.190).

(Puntriano, 2016). Postura que es criticada, tanto por la forma de cálculo, como por cómo se estructura la medida (Gorelli, 2010, p.107-115). Otro sector de la doctrina plantea que se trata de un mecanismo que facilita la acreditación del daño por vía legislativa (Fernández, 2005, p.57). Sin embargo, las críticas de la primera posición son trasladables a este caso. Finalmente, un tercer planteamiento, dejando de lado la aparente perspectiva reparadora de la indemnización, plantea que esta medida se interprete en términos de sanción legal ante una conducta reprochable socialmente.

A partir de lo expuesto se analizará la complementariedad con otros sistemas de tutela. Se puede afirmar que, por el tipo de medida reparatoria, el principal sistema de tutela con el que interactúa es el de la responsabilidad civil. En esta dinámica, los dos primeros enfoques plantearían la prevalencia de la indemnización laboral y la exclusión de la tutela resarcitoria. Sin embargo, no puede afirmarse que ambas cumplen el mismo fin. La responsabilidad civil persigue dos funciones. Primero, satisfacer o resarcir los intereses o daños ocasionados en su dimensión; y segundo, distribuir los riesgos de la actividad hacia el responsable (Alpa, 1999, p.132). La indemnización, dado que carece de un diseño que permita reparar las lesiones ocasionadas por el despido, no resulta coincidente con el sistema de tutela resarcitoria, y por tanto, la idea de una relación excluyente de reparación carecería de fundamento<sup>100</sup>. En ese sentido, se trata de una vinculación que, aunque no es definida normativamente, es de complementariedad<sup>101</sup>.

Por último, para ahondar sobre el alcance o contenido de las medidas reparatorias es conveniente definir la finalidad de estas en el sistema interamericano. En este aspecto, el paradigma de la justicia restaurativa es capital, y se expresa en este ordenamiento a través del principio de reparación integral del daño<sup>102</sup>. Mediante éste, se apunta a reestablecer la situación previa a la vulneración del derecho. Así, el daño causado se constituye en el indicador que define la extensión de la reparación. De ahí que la Corte IDH haya rechazado, desde sus primeros pronunciamientos<sup>103</sup>, una indemnización sancionatoria o que exceda a los perjuicios ocasionados por la violación de la CADH (*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 1988).

---

<sup>100</sup> La posición expuesta, de otro lado, trae problemas posteriores. Por ejemplo, la interacción entre las reglas de caducidad del despido y prescripción de la indemnización por daños; la relación (separada o complementaria) entre la indemnización tarifada y el resarcimiento; entre otros.

<sup>101</sup> A nivel regional, en Argentina (Brain, 2016), Uruguay (Martorell, 1986) y Chile (Gamonal, 2012) se sostiene que la posibilidad de exceder la indemnización tarifada es posible. Sin embargo, solo es admitida en supuestos puntuales, a partir de un criterio de excepcionalidad o "pluriofensividad". Conviene señalar que ninguno de los autores citados justifica constitucional o interpretativamente esta posición, asumiendo que la denominada indemnización por despido es en sí misma una reparación del daño y no una sanción legal al empleador por una conducta arbitraria.

<sup>102</sup> A partir del caso de la fábrica de Chorzów de 1927 se estableció que, en el derecho internacional, los incumplimientos de las obligaciones conllevan la necesaria reparación de modo adecuado, para lo cual se debe procurar eliminar las consecuencias y restaurar la situación (Cruz, 2010).

<sup>103</sup> La argumentación inicial de la Corte IDH fue definir que el concepto «justa indemnización» establecido en el artículo 63.1 de la CADH no responde a objetivos ejemplarizantes o sancionatorios, como lo sería una reparación sancionatoria. También ha señalado la incompatibilidad de este tipo de medidas con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*Garrido y Baigorria vs. Argentina*, 1998).

Bajo este parámetro debe concluirse que no es posible que se otorguen medidas reparatorias formales o reducidas, ni excesivas. Una legislación que no permita reparar adecuadamente el daño ocasionado por un despido sería, en primer lugar, contraria al estándar interamericano de reparación integral del daño. Asimismo, constituye un incumplimiento de la obligación de garantía. Ello pues el otorgamiento de una medida formal de reparación no cumple con salvaguardar adecuadamente el derecho, entendiendo que este aspecto de la regulación permite prevenir, por medio de disuasión, conductas que atenten contra el trabajador.





## Capítulo dos<sup>104</sup>

### *El reino espurio de la ley*<sup>105</sup>: hacia un control de las zonas exentas de causalidad

A pesar del complejo diseño constitucional de protección contra el despido, a nivel legal pueden observarse serias incoherencias y deficiencias con los estándares descritos. En todo este sistema, sin embargo, uno de los aspectos más críticos es el relativo al ámbito subjetivo, cuya incompatibilidad -aunque palmaria- no ha merecido atención y estudio por parte de la doctrina<sup>106</sup>. Tres son los casos problemáticos y que serán materia de análisis: trabajadores a tiempo parcial; trabajadores de dirección y confianza; y trabajadores en periodo de prueba. Cada uno de estos será abordado en un subcapítulo individual.

Desde esta perspectiva, el presente capítulo se estructura a partir de tres objetivos. Primero, se enfoca en abordar, de manera crítica, la validez de las exclusiones de cada uno de estos grupos. Asimismo, ofrece opciones para cuestionar la legislación a través del empleo de otras instituciones del ordenamiento jurídico. Finalmente, propone cambios normativos que adecúen el diseño legal con el sistema de protección contra el despido establecido en la Constitución y el PSS. Tales aportes aspiran no solo a repensar el diseño del instituto jurídico materia de la presente tesis, sino sobre todo a promover cambios en nuestro ordenamiento, sea por medio de la modificación normativa o el litigio estratégico.

#### 2.1. Contratos a tiempo parcial: entre el compromiso y la estabilidad

El primer grupo de trabajadores excluidos del ámbito subjetivo de la protección contra el despido son aquellos que laboran a tiempo parcial. Este colectivo, de acuerdo con el régimen legal, es objeto de una menor tutela -económica y jurídica- en razón de la reducida cantidad de horas de trabajo (ámbito cuantitativo). Así, por ejemplo, se observa que ciertos derechos patrimoniales como las vacaciones y la compensación por tiempo de servicios prevén reglas de cualificación que excluyen a este grupo. Asimismo, de acuerdo con el artículo 22 de la LPCL, los controles formales y materiales del despido no les resultan aplicables (ámbito cualitativo). ¿Cómo se explica esta regulación? ¿Qué fundamentos se articulan alrededor de este diseño normativo? ¿Cómo conversa ello con el estándar interamericano?

---

<sup>104</sup> Algunas de las ideas en este capítulo fueron presentadas en el X Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Salvador, 2022).

<sup>105</sup> El título de este capítulo recoge el utilizado por Villavicencio (2014) para graficar cómo la legislación, en los ordenamientos de Latinoamérica, ha sido empleada para transgredir, espuriamente, obligaciones y estándares internacionales en materia de libertad sindical.

<sup>106</sup> Se puede observar que la mayoría de trabajos, en la doctrina nacional, se han enfocado en los aspectos más controversiales de la protección contra el despido -la compatibilidad de la indemnización con el diseño constitucional, la excepcionalidad de la reposición, y los criterios jurisprudenciales. Salvo el tratado del profesor Carlos Blancas (2022), no existe un trabajo minucioso sobre el modelo legal vigente y su adecuación con el parámetro constitucional y convencional.

Para responder estas preguntas este subcapítulo se estructura en cuatro secciones. La primera aborda los fundamentos y racionalidades detrás del régimen legal de los trabajadores a tiempo parcial. Luego, se procede al análisis de la estructura del despido para este grupo, vinculando su lógica con las reglas especiales de despido. Posteriormente, este régimen es criticado a partir del estándar interamericano, evidenciando el incumplimiento de obligaciones internacionales. Por último, y atendiendo a las incompatibilidades que presenta el sistema legal se proponen formas de abordar el problema tanto en clave de reforma, como desde el derecho positivo.

### 2.1.1. ¿Reglas flexibles para trabajadores flexibles? Análisis sobre la regulación del trabajo a tiempo parcial

Una de las primeras distinciones históricas entre los trabajadores subordinados es la relativa a su jornada<sup>107</sup>. Con el Reglamento de la Ley 4916, la primera ley laboral promulgada en 1924, se positivizó una diferencia sustancial entre los dependientes en base a la cantidad de horas de trabajo. Así, se dispuso que el ámbito subjetivo de la Ley excluía a quienes laboraban menos de cuatro horas diarias. De esta manera, a inicios del siglo XX, se introdujo en el ordenamiento una tutela jurídica diferenciada sin una mayor sistematización ni precisión.

¿Cómo ha evolucionado la legislación con relación a este enfoque inicial de desprotección jurídica? ¿Cuál es el sentido de la diferenciación con los trabajadores a tiempo completo? Tras una revisión de las normas laborales en el tiempo es posible caracterizar el tratamiento de esta categoría, desde el derecho positivo, como escaso y no sistemático<sup>108</sup> (Arce, 2021). No ha existido una definición normativa clara, y tampoco un cuerpo de disposiciones que establezcan reglas especiales en función al criterio objetivo de la cantidad de horas trabajadas (Oliva, 2021). En otras palabras, normativamente, no se evidencia un régimen legal respecto a este colectivo, sino solo disposiciones aisladas y carentes de fundamentación que han continuado vigentes por la omisión y desprotección del legislador.

Pese a esta falta de sistematicidad en su tratamiento normativo, teóricamente se ha propuesto a la flexibilidad como el criterio orientador de esta categoría. Arce (2021),

---

<sup>107</sup> Otra distinción histórica, ahora en desuso desde el derecho positivo, es la de obreros y empleados. Al respecto, desde las ciencias sociales se ha descrito cómo esta ha servido para tutelar intereses de la naciente clase media (Parker, 1998), así como para responder a un proyecto político sobre los trabajadores (Drinot, 2011). Desde esta perspectiva, ambas investigaciones también problematizan la interpretación de la Ley 4916 como una forma de evolución en el paradigma de la protección contra el despido propuesta por Blancas (2022).

<sup>108</sup> No obstante, esta crítica puede también extenderse respecto de otras instituciones. Por ejemplo, con relación a las formas de extinción del contrato de trabajo, se observa que, históricamente, la única que ha merecido la atención del legislador fue el despido -individual y colectivo. Así, no se encuentran reglas específicas para el mutuo disenso; el vencimiento del contrato en el caso de vínculos temporales; la jubilación, entre otros. De ahí que, como ha comentado Carlos de Buen (1997, p.508), alguna vez Mario Pasco señaló que la clasificación de las causas de terminación en Perú debería ser “el despido y las demás”.

partiendo de dicha premisa, sostiene que este colectivo es regulado por el legislador bajo la lógica del fomento del empleo por medio de la reducción de obligaciones patrimoniales. Se trata, de este modo, de un régimen jurídico cuya principal característica es la exclusión de beneficios y formalidades jurídicas de naturaleza tuitiva. Así, como resalta Toyama (2015), comparativamente solo es posible identificar reglas en perjuicio del trabajador (*in peius*)<sup>109</sup>: (i) ausencia de justificación en la contratación; (ii) ausencia de límites a la cantidad de trabajadores contratados; (iii) exclusión de la compensación por tiempo de servicios (medida de protección a los ingresos); (iv) exclusión y restricción de derechos fundamentales (protección contra el despido y descanso vacacional). Con lo que queda demostrado que la persistencia en el tiempo responde al respaldo de intereses claramente empresariales.

No obstante, tal estado de la cuestión presenta, al menos, dos cuestionamientos importantes. Primero, no existen motivos constitucionalmente relevantes para establecer una diferenciación en los términos planteados por la LPCL. Si bien las reglas de flexibilización introducidas por el legislador pueden responder a una opción de política laboral, el tratamiento diferenciado y la restricción a derechos fundamentales que implica requiere de un sustento en principios o bienes de la misma jerarquía, como parte de una evaluación de su constitucionalidad. Desde esta perspectiva, interesa resaltar que este aspecto resulta problemático.

A primera vista, no se identifica un valor constitucional que sustente el régimen vigente. Si bien podría plantearse que este enfoque busca optimizar la promoción del empleo a través del abaratamiento de los derechos patrimoniales de los trabajadores, dicha afirmación es, cuanto menos, poco respaldada desde la evidencia empírica<sup>110</sup>. De acuerdo con la información publicada por los anuarios estadísticos del MTPE, desde el año 2016 al 2021, se puede observar que la cantidad promedio de trabajadores registrados fluctúa entre 140,000 y 170,000 trabajadores. Así, esta minúscula cifra en proporción al total de asalariados dependientes (0.04%) no ofrece una relación medio-fin materialmente idónea. En otros términos, aun cuando se identifica un bien constitucional, esta medida no supera el subprincipio de idoneidad del examen de constitucionalidad.

En segundo lugar, este enfoque no solo presenta serios cuestionamientos, sino que constituye una singularidad para el estándar internacional<sup>111</sup>. De acuerdo con los instrumentos de la OIT sobre el trabajo a tiempo parcial -el Convenio 175 y la Recomendación 182-, la diferencia de horas solo puede justificar una reducción de derechos económicos en proporción a la jornada completa. En ese sentido, estamos ante consecuencias solamente cuantitativas, de allí que la previsión de un régimen disminuido, y

---

<sup>109</sup> Esta perspectiva, como bien apunta Oliva (2021), solo tiene un único beneficiario, el empleador. El menoscabo de derechos no es compensado con ningún mecanismo jurídico.

<sup>110</sup> Para una revisión más generalizada sobre la ausencia de respaldo de este enfoque como factor generador de empleo y su fracaso en términos de política pública puede consultarse el trabajo de Tostes y Villavicencio (2012).

<sup>111</sup> Desde la doctrina nacional es importante señalar que esta orientación en la regulación del trabajo a tiempo parcial es mayoritaria. Salvo Pasco (1989), no se identifica a otro autor peruano que justifique el modelo vigente o reglas similares.

que suprime derechos fundamentales no es compatible con las normas internacionales del trabajo en la materia.

Pese a tales críticas, la regulación continúa vigente y, como se ha señalado, tiene una particular incidencia en la protección contra el despido. La siguiente sección aborda este tema y presenta un enfoque crítico al respecto.

### 2.1.2. El despido de los trabajadores a tiempo parcial

Bajo la lógica del trabajo flexible que ha orientado el diseño legal del trabajo a tiempo parcial, el legislador ha dispuesto una regla especial respecto al cese. A diferencia de los dos casos siguientes, en donde la exclusión del ámbito subjetivo de la protección contra el despido es inadvertida desde el derecho positivo, este supuesto es expreso. De acuerdo con el artículo 22 de la LPCL, no se requiere despedir por causa justa cuando el trabajador labore menos de cuatro horas diarias. Así, el empleador puede terminar el contrato sin motivo justificado, ni respetando las formalidades legales previstas y no será objeto de sanción por parte del ordenamiento. En suma, se trata de un caso de despido completamente libre y legal.

Al respecto, como se ha señalado, el origen de esta exclusión -y en general, el tratamiento diferenciado a los trabajadores a tiempo parcial- se rastrea hasta el reglamento de la primera Ley en materia laboral promulgada en el país, la Ley 4916<sup>112</sup>. La racionalidad de la norma, aunque nunca ha sido explicitada, podría responder a que solo el trabajo a tiempo completo se consideraba de tal entidad e importancia en la vida de la persona que merecía tutela jurídica. No obstante, pese a la superación de paradigmas con tal enfoque, la desprotección jurídica ha persistido en las legislaciones posteriores.

Ahora bien, más allá del dato histórico, ¿cómo se justifica esta exclusión del ámbito subjetivo de la protección contra el despido? Un sector importante de la doctrina<sup>113</sup> no ha hecho mayor referencia al respecto, admitiendo, sin más, la desprotección jurídica de este grupo. No obstante, Mario Pasco (1987) es quizá el único autor que sí ha intentado esbozar una justificación. Al respecto, él sostiene que esta desprotección se debe a partir de un criterio de coherencia con el resto de exclusiones que establece el ordenamiento en razón del tiempo de trabajo. En otras palabras, dado que la legislación establecía ciertas exclusiones a beneficios legales, se optó por trasladar estos a la protección contra el despido.

Sin embargo, tal sustento no puede admitirse. El traslado acrítico de las condiciones de calificación de derechos patrimoniales hacia un derecho fundamental no constituye una

---

<sup>112</sup> Para una revisión histórica del origen de esta Ley y su enfoque como producto social de las organizaciones de empleados puede revisarse la investigación de Parker (1998).

<sup>113</sup> Una revisión a los principales manuales de Derecho individual del Trabajo en el Perú evidencia que estos no han atendido esta manifiesta inconstitucionalidad. Arce (2022) solo enfoca su estudio a los problemas de la calificación y temporalidad generados por la deficiente técnica legislativa. Toyama (2015) se limita a enunciar las diferencias con los trabajadores a tiempo completo. Por otro lado, con relación al despido, el tratado de Blancas (2022) no aborda las exclusiones al ámbito subjetivo, salvo el caso del retiro de confianza. No obstante, la tesis de maestría de Marisol Oliva (2021)



fundamentación válida por tres motivos. Primero, porque pretende equiparar bienes jurídicos que ostentan una diferente naturaleza, jerarquía normativa y sustento teórico. Segundo, porque al suponer la restricción de un derecho fundamental, la medida debe sostenerse desde un parámetro de proporcionalidad, y no solo por un mero criterio de coherencia normativa. Por último, no se identifica ningún bien jurídico de relevancia constitucional que sirva de sustento a la medida en cuestión. En suma, la regla prevista en el artículo 22 de la LPCL que excluye a los trabajadores a tiempo parcial presenta serios cuestionamientos a su validez, además de una evidente incompatibilidad con las disposiciones de la Constitución y el PSS.

Tal diseño, además, constituye una singularidad desde el punto de vista de la legislación comparada. Una revisión de los cuerpos normativos de la región (Código Sustantivo de Trabajo de Colombia, los Códigos de Trabajo de Chile y Ecuador, la Ley Federal de Trabajo de México), el Estatuto de Trabajadores de España, así como la Directiva 97/81 del Consejo de la Unión Europea, muestran una clara orientación a equiparar los derechos de los trabajadores, sin atribuir relevancia jurídica a las horas de trabajo. En otros términos, no se crean ni extrapolan condiciones de percepción de beneficios de naturaleza patrimonial a derechos fundamentales. La legislación nacional, en este punto, parece aferrada a un atavismo de inicios del siglo pasado.

No obstante, si bien la objeción planteada desde la legislación comparada podría responderse desde un criterio de política laboral, a nivel internacional parece no haber discusión sobre la crítica al enfoque de la LPCL. Tanto desde el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación del contrato por iniciativa del empleador, como desde la Recomendación 175 sobre trabajadores a tiempo parcial se observa que la tutela jurídica no se puede morigerar en razón de la cantidad de horas trabajadas<sup>114</sup>. Así, para la OIT, deben existir condiciones equivalentes entre ambas categorías. Además, incluso en materia de derechos patrimoniales estos deberían poder ser percibidos proporcionalmente.

¿Qué implica la vigencia de este régimen legal respecto al estándar interamericano de protección contra el despido? El siguiente apartado desarrolla los cuestionamientos a esta norma a partir de las obligaciones internacionales desarrolladas por la Corte IDH y previstas en el PSS.

### 2.1.3. Críticas a la luz del estándar interamericano de protección contra el despido

La revisión del régimen legal ofrece serias críticas desde diversos puntos de vista. Algunas de estas objeciones, además, suponen la inobservancia del estándar interamericano en

---

<sup>114</sup> Como se ha hecho referencia en el primer capítulo, el Convenio 158 de la OIT reconoce la posibilidad de limitar el ámbito subjetivo de la protección contra el despido. Sin embargo, este instrumento plantea dos requisitos para ello. Primero, debe responder a una relación especial o situación particular (del dependiente o del empleador). Segundo, que aun cuando se excluya, el ordenamiento debe ofrecer condiciones de tutela equivalentes. En otras palabras, no se puede suprimir toda garantía de protección y medida reparatoria.



materia de protección contra el despido -desarrollado en el primer capítulo. Por ello, esta sección presenta un análisis crítico en base a éste. Se busca identificar, de esta manera, qué aspectos colisionan o son incompatibles con los criterios desarrollados, para luego brindar opciones tanto de reforma como de aplicación a un caso concreto.

Desde esta perspectiva, se presentan las dos críticas centrales respecto a este diseño normativo desde el parámetro del bloque de constitucionalidad: (i) la ausencia de controles materiales o formales; y (ii) la inexistencia de remedios ante la decisión empresarial.

En base a su diseño legal, el despido de los trabajadores a tiempo parcial presenta serios cuestionamientos de cara a la causalidad del despido que exige el artículo 7, literal d) del PSS. A partir de lo desarrollado por la Corte IDH, la norma internacional se adscribe a un modelo de despido causalizado, lo cual supone la proscripción de la libre extinción unilateral por parte del empleador. Asimismo, ello implica atribuir un contenido formal y material mínimo para justificar la decisión empresarial. En otras palabras, el estándar interamericano exige controles sobre la voluntad del empleador e impide que esta pueda imponer por sí misma la terminación del contrato.

A partir de ello, se evidencia que el caso en cuestión difiere del estándar interamericano de protección contra el despido por dos razones. En primer lugar, la norma excluye cualquier control material y formal de la voluntad del empleador. De este modo, se excluye del modelo causalizado previsto como regla general. Sin la posibilidad de contar con parámetros objetivos que permitan revisar la justificación, el despido en estos supuestos se vuelve incuestionable en sede jurisdiccional. Desde esta perspectiva, se incumplen las obligaciones establecidas por la Corte IDH en el caso Lagos del Campo vs. Perú (2017) relativas al principio de causalidad y establecimiento de mecanismos de impugnación frente al despido.

Finalmente, resulta curioso, por decir lo menos, que por tratarse de una exclusión expresa, esta norma colisiona directamente con la sostenida jurisprudencia del TC que califica el despido ad nutum como inconstitucional. Al respecto, interesa recordar que el intérprete constitucional ha sostenido que la ausencia de justificación implica vaciar el contenido esencial del derecho al trabajo en su dimensión normativa. Asimismo, diluye los contrapesos normativos del poder empresarial en lo relativo a la terminación del contrato. En ese sentido, llama la atención que este órgano jurisdiccional no haya dispuesto la expulsión de esta norma por inconstitucional a través de un precedente o su inaplicación.

Ahora bien, el despido de los trabajadores a tiempo parcial no solo presenta cuestionamientos en lo relativo a las garantías de protección que se desprenden del PSS. Con relación a las medidas reparatorias, se evidencia también serios inconvenientes de cara al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Conviene recordar, en este punto, que el instrumento internacional no admite la ausencia de reparación ante situaciones de arbitrariedad o injusticia en el despido. En ese sentido, la libertad de configuración en los casos de despido injustificado no puede implicar, bajo ningún supuesto, falta de remedios.

Desde esta perspectiva, la exclusión de la protección contra el despido no atiende a este parámetro. A través de esta norma se priva de cualquier medida reparatoria a esta categoría de trabajadores. En otros términos, el despido ad nutum se equipara al justificado, lo cual

es contrario al PSS. Por tanto, la exclusión de medidas reparatorias ofrecidas por el ordenamiento laboral colisiona con los estándares de tutela previstos.

En base a lo expuesto se puede afirmar que este despido supone el incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido relativas a remediar una terminación injustificada y disponer de recursos eficaces de impugnación. Ahora bien, debe notarse que, en base a ello, no es posible otorgar validez jurídica al cese en los términos actuales. Es a partir de esta premisa que el siguiente apartado busca brindar soluciones, tanto desde el ordenamiento actual, como para potenciales cambios normativos.

#### 2.1.4. Propuestas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido

A grandes rasgos, se puede afirmar que existen dos opciones generales a efectos de cumplir con las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido. La primera -óptima desde la tradición jurídica de nuestro ordenamiento- pasa por una reforma legislativa que atienda a las consideraciones expuestas en los acápites precedentes. De otro lado, la segunda implica desarrollar construcciones argumentativas, a nivel jurisdiccional, por medio de técnicas como la del control de constitucionalidad o el empleo de ilícitos atípicos a fin de dar cumplimiento a estos deberes.

Previo al desarrollo de las opciones mencionadas, interesa destacar una premisa sobre la cual se construyen ambas propuestas. Esta consiste en la idea de que la exclusión del ámbito subjetivo de la protección contra el despido es contraria a las obligaciones constitucionales e internacionales derivadas de la Constitución y el PSS. Así, se vuelve necesaria la introducción de dos elementos: un control de causalidad y medidas reparatorias. Nótese que, a diferencia de los siguientes dos casos, en donde es posible discutir la readaptación del despido dado el involucramiento de otros bienes constitucionales, en este supuesto -como se ha mencionado en acápites anteriores- no es jurídicamente viable tal opción.

Ahora bien, desde una perspectiva de reforma (de lege ferenda), la estructura del despido de los trabajadores a tiempo parcial debe equipararse a la de aquellos que laboran una jornada completa<sup>115</sup>. En ese sentido, las garantías de protección les resultan plenamente aplicables y sin modulaciones, pues no existen razones constitucionalmente válidas para sostener lo contrario. De esta manera, el empleador solo podrá extinguir el contrato de trabajo de manera unilateral por medio de una causa justa de despido debidamente acreditada y siguiendo las formalidades previstas para ello.

La modificación propuesta, vista de esta manera, tiene dos implicancias relevantes. Primero, reafirma el carácter universal de la protección contra el despido en el ordenamiento. En otras palabras, reconoce que a los trabajadores les asiste una serie de garantías de protección

---

<sup>115</sup> En la doctrina nacional, esta propuesta también ha sido planteada explícitamente por Oliva (2021). Alfredo Villavicencio (2013), por otro lado, pese a realizar un planteamiento en clave de reforma, ha sido crítico de la exclusión y del limitado análisis del TC sobre esta materia a través de su jurisprudencia.

trascendentales, como lo es el principio de causalidad. Segundo, solo a través de la identificación de otros bienes jurídicos de relevancia constitucional involucrados se podrá modular el diseño legal. De esta manera, el ordenamiento laboral se optimiza con el resto de valores del Estado Social de Derecho.

En base a lo expuesto, la propuesta de adecuación del despido de los trabajadores a tiempo parcial se resume en la siguiente tabla:

Propuestas para adecuar el despido de los trabajadores a tiempo parcial a los estándares de la protección contra el despido
Supone eliminar la distinción entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo respecto a la protección contra el despido. La propuesta introduce incluye a esta categoría en el ámbito subjetivo, lo cual tiene como consecuencia la aplicación de las garantías de protección y medidas reparatorias del régimen general.

Elaboración propia

Desde el derecho positivo, los trabajadores a tiempo parcial enfrentan una exclusión expresa. Producto de ello, como apunta Villavicencio (2013), este grupo no ha recibido ningún tipo de medida reparatoria por parte de los órganos jurisdiccionales. ¿Cómo, entonces, lograr que el ordenamiento brinde tutela jurídica a esta categoría? Al inicio de esta sección se hizo referencia a dos opciones. La primera, apunta a utilizar el control difuso para cuestionar la exclusión absoluta de la protección contra el despido. La segunda, por otro lado, implica utilizar el sistema de la responsabilidad civil para obtener tutela resarcitoria argumentando el ejercicio desproporcionado del poder empresarial a través del abuso de derecho. A continuación, se expondrá cada una y cómo se operativizan.

La primera propuesta tiene como premisa de trabajo cuestionar la validez material del precepto contenido en el artículo 22 de la LPCL. Así, de acuerdo con el Código Procesal Constitucional, se requiere indicar el carácter imprescindible de la norma para resolver el caso en cuestión. Al respecto, ésta resulta central para la resolución de la controversia, debido que por medio de esta el empleador no se encuentra obligado de justificar su decisión ni de otorgar alguna medida reparatoria. En ese sentido, la validez de la regla en cuestión determina si es que a estos trabajadores se les aplica el régimen general de protección contra el despido o no. Luego de definir ello, corresponde que el órgano jurisdiccional determine si la exclusión total del ámbito subjetivo en este caso es constitucional.

A partir de ello, la discusión pasa por examinar desde el test de proporcionalidad si se trata de una intervención tolerable desde los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como se ha expuesto en las secciones precedentes, no se identifica ningún bien jurídico constitucional vinculado a la regla del despido libre para los trabajadores a tiempo parcial. Contrario a ello, se observa que se trata de una norma que ha

permanecido en el ordenamiento laboral por la desidia del legislador. Por tanto, al no identificarse una relación medio-fin, la norma en cuestión no satisface el subprincipio de idoneidad y debe reputarse como inconstitucional<sup>116</sup>.

Tras expulsar esta norma del ordenamiento jurídico corresponde ahora explicar cómo se operativiza la resolución de estos casos. Al respecto, la eliminación de la regla de exclusión de las garantías de protección contra el despido tiene como consecuencia la aplicación del régimen general dispuesto en la legislación. En ese sentido, al tratarse de una exclusión absoluta del ámbito subjetivo, la forma de terminación se asemeja sustancialmente al cese ad nutum. Por tanto, siguiendo las reglas previstas en el régimen general de protección contra el despido, el trabajador podrá formular una pretensión de indemnización o reposición.

Interesa destacar -antes de desarrollar la segunda propuesta para cuestionar el periodo de prueba- las oportunidades que aporta el enfoque del control difuso. Esta opción puede impulsar la creación de una línea jurisprudencial sobre el control de causalidad. Desde esa perspectiva, se podría promover que las altas cortes nacionales promuevan una mejora en el estándar de protección contra el despido en el país. Así, ante la falta de reformas normativas que adapten la legislación, los órganos jurisdiccionales pueden iniciar un cambio significativo en el balance de poder de las relaciones laborales. Esta reflexión, cabe señalar, se puede sostener tanto para este caso como para los dos siguientes.

Una segunda opción para cuestionar el despido libre de los trabajadores a tiempo parcial consiste utilizar el sistema de responsabilidad civil para obtener tutela jurídica a través del abuso de derecho, institución de la teoría general. Esta alternativa, a diferencia de la primera, no genera un impacto en la legislación en términos de reinterpretación del instituto jurídico, pero habilita el acceso a medidas reparatorias. De ahí que presente problemas en ser estimada como una forma de cumplimiento de las obligaciones internacionales en esta materia.

Pese a su diferente enfoque, por medio del abuso de derecho se busca plantear que el despido de esta categoría, en caso no sea justificado, excede el sustento normativo de la facultad empresarial de terminar el contrato. En otros términos, la ausencia de causalidad permite calificar de abusivo el ejercicio del cese. Así, de acuerdo con los elementos planteados por Atienza y Manero (2000, p.57), se deberá argumentar, (i) que existe una regla contenida en el artículo 22 de la LPCL que permite el despido libre para esta categoría; (ii) que a partir del ejercicio de esta facultad se ha generado un un daño -el cual no se encuentra prohibido por el ordenamiento; (iii) que este daño carece de justificación, sea porque resulta excesivo o porque no persigue un fin legítimo; y (iv) que esta acción debe quedar fuera del alcance de la norma por injustificado.

---

<sup>116</sup> Oliva (2021), desde una perspectiva similar, plantea cuatro argumentos para cuestionar la constitucionalidad del régimen legal de despido de los trabajadores a tiempo parcial. Al respecto, estos son: (i) la falta de coherencia con los artículos 22 y 27 de la Constitución; (ii) la incompatibilidad con el principio-derecho de igualdad; (iii) el incumplimiento de obligaciones derivadas del artículo 7 literal d) del PSS; y (iv) la incongruencia con el estándar de trabajo decente establecido por la OIT.



Así, vistos los elementos configuradores, el abuso de derecho resulta plenamente aplicable. Primero, se reconoce la existencia de una norma jurídica contenida en el artículo 22 de la LPCL que permite el despido libre. Segundo, con ocasión del ejercicio de esta facultad, los trabajadores a tiempo parcial pierden su puesto y producto de ello son objeto de un daño. Tal perjuicio, aunque se encuentra prohibido en otras circunstancias, es permitido por el ordenamiento jurídico en este caso. Tercero, el daño producto del despido no persigue una finalidad legítima pues supone una grave lesión al derecho al trabajo y el aprovechamiento de una excepción a la regla de causalidad. Finalmente, la ausencia de una justificación en los términos previstos por el ordenamiento debe tener como consecuencia su exclusión del alcance normativo. Por tanto, ante estos supuestos de hecho, corresponde indemnizar.

Por último, interesa realizar dos comentarios finales con relación a las propuestas señaladas. Primero, esta última alternativa busca formular una pretensión de indemnización por daños y perjuicios basados en las circunstancias y términos del despido. Ello se debe a que el abuso del derecho supone el traspaso del ejercicio regular de un derecho (artículo 1971, inciso 1 del Código Civil), una de las fronteras de la responsabilidad civil. Desde esta perspectiva, el planteamiento apunta a que la causalidad se interprete como pauta orientadora del poder empresarial. Así, la ausencia de justificación se entenderá como abusiva y fuera del ámbito regular.

Segundo, las propuestas de control difuso y abuso de derecho, como formas vías para brindar tutela al trabajador, no son excluyentes, sino complementarias. Como se ha señalado antes, la segunda tiene como premisa inicial la admisión del régimen legal de despido. En otros términos, ante la desestimación del control difuso, esta opción podría admitirse. Esta observación, cabe señalar, es aplicable tanto para los trabajadores a tiempo parcial como para aquellos que se encuentran en periodo de prueba.

A manera de resumen, el siguiente cuadro consolida las dos opciones desarrolladas a partir del ordenamiento jurídico vigente:

Propuestas para adecuar el despido de los trabajadores a tiempo parcial a los estándares de la protección contra el despido desde el derecho positivo	
Control difuso	Abuso de derecho
A través de esta propuesta se busca cuestionar la constitucionalidad de la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial por introducir una distinción que carece de sustento constitucional. Así, excluida esta categoría del ordenamiento, corresponde la aplicación del régimen general de protección contra el despido y su tramitación como incausado.	Supone impugnar el despido de los trabajadores como una forma de ejercicio abusivo de un derecho, ya que implica la generación de un daño carente de justificación. De esta manera, aunque no se cuestiona la validez de esta forma de despido, se busca reparar al trabajador despedido por medio de una indemnización.

Elaboración propia



## 2.2. Retiro de confianza en el sector privado: el retorno del poder privado absoluto

El segundo grupo a estudiar involucra a subordinados que, según la legislación, se encuentran en una «situación especial» por su proximidad con el empleador. De esta manera, el legislador ha denominado a los trabajadores «de dirección» y «de confianza» como aquellos que ostentan una posición de privilegio en la organización del trabajo. Tal característica, a la luz del parámetro de igualdad y de política laboral, es utilizada para establecer ciertas limitaciones en materia de derechos laborales<sup>117</sup>. Así, se suele señalar que al constituirse el vínculo a partir de una relación especial y «subjetiva», la confianza, la extinción de la misma debe contemplar esta posibilidad. Por tanto, este grupo es excluido del ámbito subjetivo de la protección contra el despido por medio de la terminación «por retiro de confianza». Este es, a grandes rasgos, el estado de la cuestión actual sobre este grupo de trabajadores.

Al respecto, conviene precisar que tal planteamiento constituye una novedad introducida por la LPCL. Su antecedente más próximo, la Ley 24514<sup>118</sup>, solo contemplaba la categoría trabajadores «de confianza» y establecía reglas particulares en materia de protección contra el despido (Blancas, 2022). Primero, definía este puesto en base al poder de decisión y de representación de la empresa. En otras palabras, restringía la posibilidad de calificación a un número escaso. Segundo, no negaba la aplicación del régimen legal de despido, sino solo uno de los remedios que brindaba el ordenamiento: la reposición. Finalmente, establecía un límite cuantitativo para la cantidad de trabajadores de esta categoría: 15% como máximo para centros de trabajo con menos de cincuenta asalariados; y 10% para los que cuenten con más de cincuenta.

Desde esta perspectiva, la norma vigente trastoca muchos de los parámetros previos sin mayor justificación. Por ejemplo, no existen motivos jurídicos explícitos ni implícitos para introducir a la categoría «de confianza». De igual manera, no se aclara por qué los límites cuantitativos fueron derogados. Finalmente, omite pronunciarse de forma explícita sobre las restricciones al sistema de protección contra el despido<sup>119</sup>. Así, se puede observar una

---

<sup>117</sup> De acuerdo con el ordenamiento laboral vigente, este colectivo tiene limitaciones en determinados derechos como jornada de trabajo (reconocimiento de trabajo en sobretiempo); descanso anual remunerado (indemnización vacacional); y sindicalización (restricción).

<sup>118</sup> Interesa señalar, además, que se trata del antecedente laboral más remoto. Sin embargo, existía con anterioridad a esta norma una suerte de regulación exclusiva para los gerentes generales. De acuerdo al texto de la Ley General de Sociedades, promulgado en mayo de 1985, este alto directivo empresarial se sujetaba, entre otras reglas, a la libre remoción (Artículo 177). La normativa laboral, en ese sentido, pasa a ampliar el ámbito de la gerencia, pero regulando de manera distinta las medidas reparatorias ante el despido. Sin duda, éstas últimas reglas priman por un criterio de especialidad.

<sup>119</sup> Al respecto, resulta interesante señalar que inicialmente la LPCL impedía la reposición para aquellos trabajadores de dirección y de confianza, así como aquellos que laboren para empresas con 20 o menos trabajadores (artículo 84). Sin embargo, esta limitación fue derogada en julio de

sería desregulación de categoría -que repercute en los alcances de la tutela jurídica que puede brindar el ordenamiento a este grupo.

No obstante, a esta desregulación identificada se le suman dos modificaciones al régimen legal que han consolidado en los operadores del derecho y la práctica jurídica. En primer lugar, se ha generalizado la terminación del contrato de trabajo del personal de confianza y dirección por una causal sui generis: «retiro de confianza». En otras palabras, se ha introducido una nueva causal de extinción diferente al despido, y que carece de controles formales y materiales. En segundo lugar, se han creado restricciones a las medidas reparatorias que reconoce el ordenamiento jurídico para supuestos de despidos ilegales.

A partir de lo expuesto, este subcapítulo, en primer lugar, aborda y cuestiona la justificación para excluir a este grupo de trabajadores del sistema de protección contra el despido. Por otro lado, analiza el régimen de terminación del vínculo «por retiro de confianza», exponiendo sus problemas a nivel teórico y práctico. Luego, en base a ello, se describen las incompatibilidades con el diseño constitucional e interamericano de protección contra el despido. Finalmente, se proponen alternativas en clave de reforma y desde el derecho positivo para abordar este tipo de despido.

### 2.2.1. Puestos de dirección y confianza en la empresa: fundamentos normativos y doctrinales

En este punto interesa notar que, si bien la calificación de estos trabajadores estará influenciada por el tipo de organización del trabajo y organigrama empresarial, es necesario abordar la caracterización normativa y doctrinal a fin de acotar de forma adecuada su aplicación. Atendiendo ello se propone como punto de partida considerar ambas categorías como extensiones del empleador. En otras palabras, este grupo representa o participa junto al titular de la empresa en el ejercicio de la administración y gestión de la actividad económica. De este modo, se busca resaltar, de manera general, el carácter excepcional de este tipo de trabajadores para luego ahondar en sus particularidades.

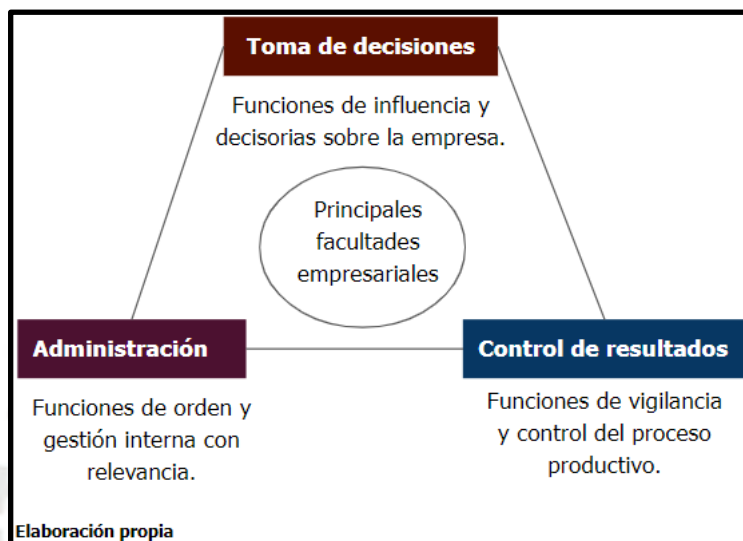
Ambos criterios expresados coinciden con las ideas preliminares de los tratadistas del derecho del trabajo latinoamericano del siglo XX (Cabanellas, 1963 y De la Cueva, 1980). Se observa, pues, que la doctrina clásica ya identificaba la necesidad de atender a una categoría especial de trabajadores (de Ferrari, 1969), e incluso discutía su inclusión en el ámbito subjetivo del ordenamiento laboral (de Buen, 1976). Asimismo, la caracterización de este grupo, originalmente, se enfocó en criterios de carácter organizacional y funcional (Cabanellas, 1963 y de Buen, 1976). Desde esta perspectiva, la posición que ocupaba en la empresa (proximidad con el empleador) y las especiales funciones (ejercicio de facultades empresariales) fueron los principales elementos propuestos.

Por otro lado, en la doctrina española, Martínez (1994, p.30-32) parte de la similitud de las funciones de este colectivo con las del empresario y propone tres niveles diferenciados de

---

1995 mediante la Ley 26513. Desde esta perspectiva, la derogación generó un vacío normativo en cuanto a las opciones de remedios jurídicos para estas categorías.

análisis en los cuales se manifiesta las características del poder empresarial: (i) funciones de influencia y decisorias sobre la empresa (toma de decisiones<sup>120</sup>); (ii) funciones de orden y gestión interna con relevancia externa (ejecución); y (iii) funciones de vigilancia y control del proceso productivo (control de resultados). En ese sentido, y como se muestra en el siguiente gráfico, se busca delimitar la categoría utilizando las principales facultades empresariales como fronteras de esta categoría. De ahí que, aun cuando un trabajador ejecute otras funciones de relevancia empresarial, en caso no puedan subsumirse en alguna de las mencionadas, no podrá ser calificado como «de dirección».



¿Conversan estos fundamentos teóricos con el diseño normativo? La primera categoría, los «de dirección», es caracterizada normativamente como el representante del empleador. Así, la LPCL resalta la especial relevancia de sus funciones en la empresa: administración y control del negocio; gestión de la actividad empresarial; y representación general. Como señala Blancas (2022), estas características implican una posición jerárquica elevada, además de funciones vitales para la organización. En tal sentido, este colectivo se alinea con los planteamientos de la doctrina reseñada.

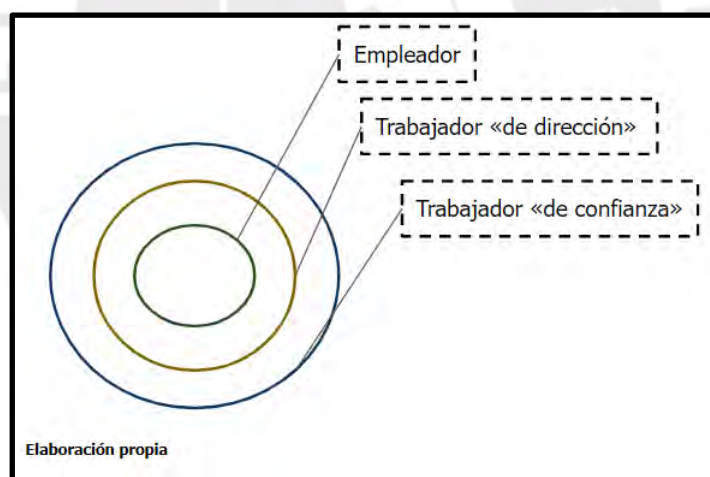
Un caso distinto es la segunda categoría positivizada. Para el legislador, el trabajador «de confianza» cumple una serie de funciones particulares. En primer lugar, señala que ostenta una especial posición en la empresa, pues labora en contacto directo con el empleador o sus representantes -los «de dirección»). Ahora bien, debe resaltarse que este vínculo es cualificado. De ahí que, además de la cercanía con la alta dirección de la empresa, tiene acceso a información de naturaleza reservada. De otro lado, se caracteriza a este trabajador

<sup>120</sup> En ese sentido, debe precisarse una característica adicional sobre el tipo de decisiones al que se aluden. Si bien en una organización se suelen adoptar diversas opciones, no todas tienen suficiente relevancia para el normal desarrollo de la empresa. En ese sentido, corresponde enfocarse solo en aquellas que inciden en la actividad empresarial o económica, pues el resto pueden ser tomadas por trabajadores de una menor jerarquía (Martínez, 1994, p.41).

como un agente relevante para la toma de decisiones, pues emite informes u opiniones que son utilizados por la alta dirección.

A partir de tal caracterización, Blancas (2022), identifica dos grupos: (i) aquellos que por su contacto directo de tipo cualificado con el empleador tienen acceso a información reservada; y (ii) quienes tienen incidencia en la toma de decisiones de la empresa a través de informes u opiniones. En ese sentido, se puede señalar que esta categoría engloba puestos que inciden en el ejercicio de ciertos poderes empresariales, pero sin el resto de responsabilidades propias de un personal de dirección. Debido a estos contornos difusos<sup>121</sup> la doctrina nacional ha cuestionado la pertinencia de esta categoría (Blancas, 2022). Nótese además que, aunque nominalmente se utilice la terminología empleada por la doctrina clásica, este colectivo no reúne las cualidades necesarias que exige una regulación especial, ni se ajusta necesariamente a los planteamientos doctrinarios expuestos.

En base a lo expuesto, el siguiente gráfico ilustra la proximidad y dinámica de estas categorías de trabajadores con el empleador y entre ellas (criterio organizacional o de posición en la empresa). Así, mientras que el personal de dirección se encuentra muy cerca del núcleo de decisiones y gestión empresarial, los trabajadores «de confianza» laboran en la periferia de esta dinámica, con una particular participación en las diversas manifestaciones del poder de dirección. Sin embargo, no puede dejar de observarse su proximidad e influencia en la toma de decisiones -a diferencia de otros trabajadores.



Finalmente, de la revisión doctrinaria y normativa se puede realizar un apunte final respecto a la fundamentación de estas categorías introducidas por la LPCL. Ambas perspectivas han coincidido en que la particularidad de estos trabajadores se sustenta en un criterio objetivo, el cual radica en la posición equivalente o similar a la del empleador, así como sus facultades. En pocas palabras, la distinción tiene un anclaje en la significativa autonomía con que

<sup>121</sup> Como bien ha señalado Blancas (2022), a partir de los criterios expuestos se podría calificar como «de confianza» a secretarías, choferes, asesores. Tal resultado es problemático pues implica la flexibilización de mecanismos de protección y garantía de ejercicio de derechos para trabajadores cuya relación de subordinación y dependencia es nítida.

desempeñan sus funciones. De ahí su singular proximidad con el empresario, así como su escaso número en relación con el resto de dependientes.

Esta posición, además, es coherente con el resto de ordenamientos laborales en la región. Tanto el Código de Trabajo de Chile (artículo 161) y Ecuador (artículo 36), como el Código Sustantivo de Trabajo de Colombia (artículo 36) y la Ley Federal de Trabajo de México (artículo 9) recogen categorías similares a los trabajadores «de dirección». En algunos casos, estas legislaciones utilizan el criterio de proximidad, mencionando puestos específicos (gerentes, subgerentes). En otros casos se emplea el criterio funcional, caracterizando al grupo por el uso de facultades empresariales. De esta manera, no se observa un cambio de criterios para su clasificación o una ampliación de los mismos. Ahora bien, cabe resaltar que, aunque en ocasiones se utilice el término «confianza», la categoría nacional no tiene un correlato en los ordenamientos extranjeros y solo constituye una coincidencia nominal, pero no material.

**Desde esta perspectiva, la tesis de la “especial confianza”, alegada constantemente como el criterio central y justificativo<sup>122</sup>, resulta problemática por razones de orden lógico y normativo. La primera consiste en que la introducción de un elemento subjetivo en la contratación de un trabajador está presente en todos los casos -sea cual fuera su puesto y categoría- en razón de la naturaleza *intuitu personae* del contrato de trabajo. Así, no se identifica un argumento objetivo que justifique la existencia de una especial confianza<sup>123</sup>. Por otro lado, normativamente este criterio tampoco ha sido incorporado. El artículo 43 de la LPCL no incluye en su definición normativa una característica o calificación de carácter subjetivo, tampoco lo hizo su regulación previa<sup>124</sup>. De este modo, el anclaje de estas categorías -y su forma de extinción- basada en la confianza no resulta técnicamente idónea ni sustentada en el marco normativo vigente.**

No obstante, da la impresión que la jurisprudencia y la doctrina han asumido el criterio de la especial confianza para fundamentar la existencia de ambas categorías. Como consecuencia de ello, se ha creado una forma singular para la extinción del vínculo laboral

---

<sup>122</sup> Constituye un sentido común en la práctica jurídica nacional que se afirme sobre esta categoría que “al fundamentarse exclusivamente en la confianza, es natural que sea la pérdida de la misma el motivo de su extinción” (Botton, 2018). De acuerdo con Ulloa (2011, p.196), esta lógica se formuló en la resolución de un tribunal de trabajo en 1981, cuando se convalidó como forma de extinción. Resulta importante anotar que, para tal año, la categoría trabajador de confianza no existía normativamente, pues recién se introdujo en 1986 con la Ley 24514. Gonzales (1986) y Blancas (2022) aciertan en identificar que esta posición tiene como anclaje el artículo 177 de la Ley de Sociedades Mercantiles. Desde esta perspectiva, conviene señalar que, al promulgarse una regulación especial en materia laboral respecto a esta categoría, prima esta normativa -al margen de juicios posteriores sobre la constitucionalidad.

<sup>123</sup> Conviene precisar que sería un error pretender anclar el criterio de especial confianza en razón de la proximidad con el empleador. Como se ha señalado, esta singular posición es consecuencia lógica de la incidencia que tienen ambas categorías en la administración y gestión de la empresa. En otras palabras, aun cuando exista un elemento de subjetividad, este no resulta preponderante o predominante en su calificación.

<sup>124</sup> La Ley 24514 -como se ha señalado en un acápite previo- no estableció un criterio subjetivo para los trabajadores de confianza. Por el contrario, sustentó esta categoría en el nivel de autonomía (criterio objetivo).

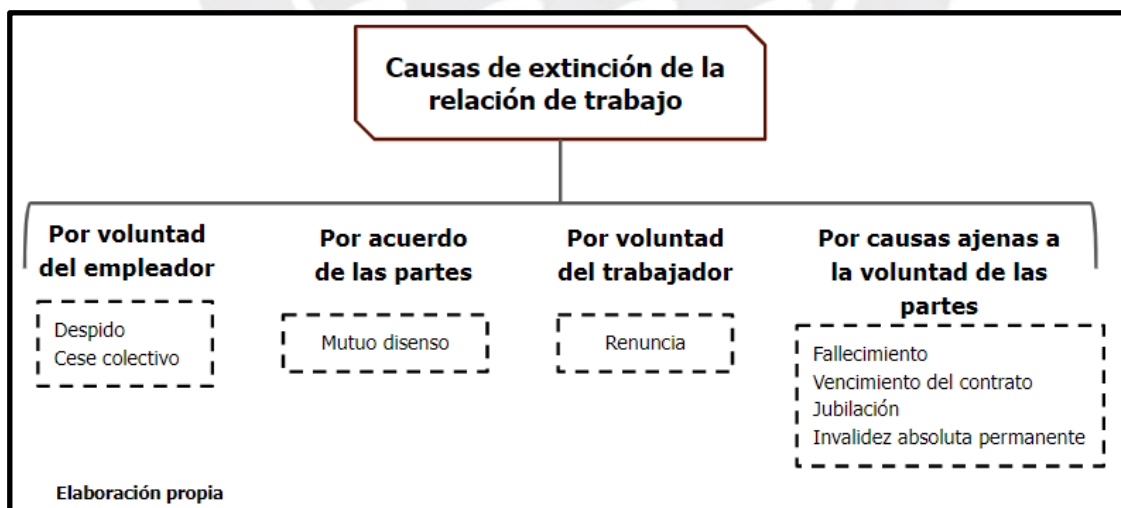


de esta categoría: «el retiro de confianza». El siguiente apartado y los subsiguientes se enfocan en analizar esta forma de terminación del contrato de trabajo y su fundamentación conforme al ordenamiento jurídico.

### 2.2.2. Naturaleza jurídica del acto extintivo por retiro de confianza

¿Cómo se introdujo esta forma de extinción del contrato de trabajo? De acuerdo con Ulloa, (2011), hace más de una década el retiro de confianza se admitió como una forma válida de extinción del contrato de trabajo aplicable para los trabajadores de dirección y confianza. Al respecto, este autor identifica su origen en la jurisprudencia del TC. Así, desde 2005 esta alta corte trasladó -sin mayor fundamentación al respecto<sup>125</sup>- esta causal, empleada en el sector público al privado. Se trata, en ese sentido, de una creación jurisprudencial anclada en una norma del empleo público, a diferencia del caso de los trabajadores a tiempo parcial a los cuales solo se les aplica el despido. Ahora bien, habiendo aclarado su origen, corresponde indagar sobre su naturaleza jurídica y estructura.

Para emprender esta labor primero se debe partir por el estudio de la terminación de la relación de trabajo. Al respecto, Oscar Hernandez (1994) y Carlos de Buen (1994), siguiendo una tendencia clásica en la doctrina, proponen clasificar las formas de extinción del contrato a partir de los sujetos que intervienen en esta. Así, se presentan cuatro categorías: aquellas por iniciativa de ambas partes; del trabajador; del empleador; y aquellos supuestos ajenos a la voluntad de las partes. Como se puede advertir, resulta central identificar quién es el sujeto cuya voluntad -o circunstancia- que extingue la relación. Desde tal perspectiva, y de acuerdo al artículo 16 de la LPCL, las formas de extinción de la relación de trabajo se ordenan de la siguiente manera:



<sup>125</sup> Ulloa (2011) nota entre las primeras sentencias del TC que nunca se cuestionó la habilitación legal del retiro de confianza como forma de extinción del contrato de trabajo. Así, este órgano jurisdiccional solo se limitó a precisar si es que realmente correspondía la calificación de dirección o confianza.

Interesa en particular este artículo y su estructura por dos motivos. En primer lugar, porque la norma prescribe que el empleador solo puede extinguir un contrato de trabajo siguiendo las formalidades y supuestos previstos legalmente. Por tanto, queda proscrita la posibilidad de generar y validar nuevas formas de extinción unilateral a iniciativa del empleador que no se dispongan en el ordenamiento laboral<sup>126</sup> y no se ajusten a los controles materiales aplicables<sup>127</sup>. En segundo lugar, en virtud de la adscripción a un modelo causalizado de despido, el empleador tiene prohibidas las formas de extinción libres o que carecen de fundamento. En tal sentido, incluso en contextos de reforma (lege ferenda), el legislador no podrá flexibilizar ni eliminar el parámetro de causalidad.

En base a lo expuesto se puede señalar, primero, que el retiro de confianza pertenece al género causas de extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleador. Como el TC **ha precisado en reiterada jurisprudencia, se trata de una “situación especial que extingue el contrato” a iniciativa del empleador (Ulloa, 2011). Asimismo, la configuración de esta nueva causal no responde a criterios o parámetros objetivos, a diferencia de las otras causales de terminación por voluntad empresarial. En ese sentido, carece de medidas de protección y control material.**

Una situación igual de controversial ocurre en el terreno de las medidas reparatorias ante el retiro de confianza. Hay un consenso implícito, a nivel de órganos jurisdiccionales, que para estas categorías no corresponde la reposición en el puesto de trabajo. Al respecto, conviene mencionar que esta limitación tuvo, inicialmente, sustento normativo. La LPCL, en su artículo 84, disponía que para los trabajadores de dirección y confianza solo cabía la indemnización -sin importar la forma de extinción del contrato. No obstante, a pesar que dicho artículo fue derogado por la Ley 26513 tal restricción continúa aplicándose, pero con un matiz también de origen jurisprudencial: cuando el trabajador haya sido ascendido a un puesto de dirección o confianza, podrá ser repuesto a su cargo previo.

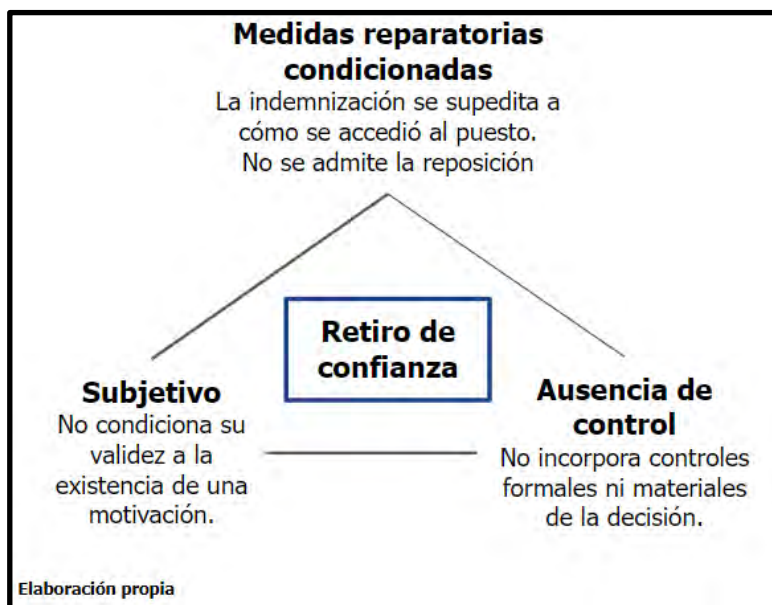
A manera de resumen, el siguiente gráfico condensa los aspectos clave del retiro de confianza:

---

<sup>126</sup> En un sentido similar se pronuncia Antonio Ojeda (1973, p.36-37), quien señala que “admitir pactos contractuales por los cuales se condicione la existencia de la relación a circunstancias no previstas legalmente significaría la creación de nuevas causas de despido”.

<sup>127</sup> Desde esta perspectiva, el conocido caso LAP -que supuso validar la extinción de contratos de trabajo mediante una condición resolutoria- carece de fundamento normativo. Como se puede apreciar de los considerandos, la Corte Suprema fundamentó su decisión extrapolando los requisitos previstos por la doctrina española para este supuesto -los cuales son equivalentes a lo dispuesto por el Código Civil. Sin embargo, ignoró en su razonamiento que tal forma de terminación encuentra sustento legal en el literal l) del artículo 49 del ET. De esta manera, el empleo del derecho comparado se realizó ignorando el derecho positivo del ordenamiento extranjero.

Ahora bien, ello no supone que el caso no haya podido tener una solución conforme a derecho. Una forma de encauzar adecuadamente el caso conforme al artículo 16 de la LPCL hubiera sido mediante la suscripción de un mutuo disenso sujeto a una condición resolutoria, o mediante el inicio de un procedimiento de cese colectivo por razones estructurales.



Ahora bien, en base a lo expuesto se debe realizar cuatro críticas respecto a esta causal. La primera se encuentra relacionada a su introducción en el ordenamiento. Pese a que no se cuentan con motivos explícitos, pareciera que el TC realiza una integración del retiro de confianza regulado en el artículo 4 de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público a la LPCL<sup>128</sup>. Sin embargo, el órgano jurisdiccional no advierte los diferentes problemas conceptuales que implica tal operación. Primero, no justifica la existencia de los presupuestos de una laguna normativa. Así, no se precisa el marco de regulación inexistente y que requiere de una norma (Rubio, 2020). Segundo, tampoco se argumenta con relación al criterio de semejanza y conformidad de principios -necesarios para la integración (Neves, 2018)<sup>129</sup>. No se explica, pues, la asimilación de los funcionarios de libre designación y remoción del sector público con los trabajadores de dirección y de confianza del privado<sup>130</sup>.

Hay, por lo menos, dos problemas adicionales. Uno es el relativo a la fuente jurídica. Como se ha señalado, el origen de esta causal de extinción es jurisprudencial. Ahora bien, un

<sup>128</sup> Si bien Ulloa (2011) señala que existe evidencia de una configuración similar en décadas anteriores, en su investigación tampoco se precisa la estructura de la causal, ni los elementos que la componen. En otros términos, constituye un precedente difuso sobre el retiro de confianza. A partir de ello, por tanto, tampoco se puede deducir que se requiera de una causal similar, más aún cuando por medio de la legislación laboral se crearon categorías propias, que desplazan a las mercantiles a través del criterio de especialidad.

<sup>129</sup> Para la doctrina, un criterio uniforme relativo a la supletoriedad es la afinidad de principios, institutos jurídicos o normas. Así, ante la aplicación supletoria de un ordenamiento ajeno se debe procurar que los principios o premisas de las normas aplicables sean afines a la situación jurídica que se pretende regular (Neves, 2018) o, en su defecto, se proceda a su adaptación siguiendo la lógica del ordenamiento suplido (Molero, 1975 y Mangarelli, 2000).

<sup>130</sup> Kenny Díaz (2019) ha precisado que en el sector público, esta categoría de funcionarios responde al sistema de confianza política, cuyo fundamento constitucional radica en el ejercicio de representación política indirecta -esto es, por designación, a diferencia de la elección popular. En ese sentido, este grupo difiere en demasía de la fundamentación detrás de los trabajadores de dirección y confianza.

detalle adicional a ello es que no se ha incorporado al ordenamiento siguiendo los parámetros de una regla de reconocimiento. En otras palabras, no existe una norma jurídicamente exigible y válida que reconozca al retiro de confianza.

Por otro lado, el uso de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público como norma supletoria de la LPCL resulta problemático. En primer lugar, porque no existe una remisión hacia ese estatuto jurídico como base para suplir lagunas o deficiencias del ordenamiento privado. Incluso de ser así, el numeral 8 del artículo IV del Título Preliminar de esta norma ordena ponderar las eventuales colisiones entre los principios del Derecho del Trabajo y el Empleo Público.

La segunda crítica es respecto de la estructura del retiro de confianza. A diferencia del resto de causales de extinción del contrato por voluntad del empleador, que responden a hechos objetivos y se encuentran sujetos a controles de racionalidad<sup>131</sup>, ésta se aleja sin motivo alguno de cualquier parámetro. De esta manera, implica una decisión subjetiva del empleador y carece de controles no jurisdiccionales ex ante o ex post. Ambos aspectos resultan muy preocupantes pues, como se desarrollará en los acápites siguientes, implica la inobservancia de obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido.

Por otro lado, la tercera crítica aborda la relación del retiro de confianza con los remedios. Si bien se reconoce la posibilidad de formular limitaciones a cierto tipo de tutela conforme al test de ponderación, de ello no se desprende la necesidad empresarial de una causal de extinción subjetiva<sup>132</sup>. En ese sentido, no se comprende qué justifica esta configuración y las limitaciones a los derechos fundamentales que se restringen. Por ello, también resulta **reprochable que tanto la doctrina como la jurisprudencia solo se remitan a “la especial naturaleza del cargo” para fundamentar sus decisiones y opiniones con relación a esta problemática** (Ulloa, 2011).

Finalmente, conviene señalar que, en base a su caracterización, el retiro de confianza constituye, por sí mismo, un nuevo tipo de cese ilegal. De acuerdo con el diseño constitucional y legal, los despidos que se ajustan a los controles formales y materiales previstos no generan ningún tipo de obligación patrimonial en el empleador, pues son justificados. No obstante, esta premisa no resulta coherente para este tipo de terminación, ya que siempre se genera un resarcimiento económico<sup>133</sup> -salvo la excepción de los originarios. En tal sentido, el TC ha terminado por introducir una nueva forma de despido ad nutum exclusiva para los trabajadores de dirección y confianza.

---

<sup>131</sup> En este punto interesa señalar que la configuración del retiro de confianza, en la medida en que no admite un control sobre su justificación, constituye un espacio que admite decisiones irrazonables o arbitrarias.

<sup>132</sup> De esta manera, se discute que se requiera la existencia del retiro de confianza en su actual configuración para lograr las finalidades que, en apariencia, persigue.

<sup>133</sup> Esta afirmación se sostiene en el hecho que no existe a la fecha ningún criterio -normativo o jurisprudencial- que precise cuándo un retiro de confianza no genera consecuencias jurídicas patrimoniales para el empleador. En otros términos, ni la doctrina ni la jurisprudencia han señalado que esta constituye una causa justa de despido.



### 2.2.3. Limitaciones al sistema de protección contra el despido: análisis crítico a la luz del estándar interamericano

Sin duda, la introducción del retiro de confianza por parte del TC genera una serie de cuestionamientos desde la teoría general del derecho y el derecho del trabajo. Algunas de estas críticas, además, implican la inobservancia del estándar interamericano en materia de protección contra el despido -que fue desarrollado en el primer capítulo. Por ello, esta sección presenta un análisis crítico sobre el retiro de confianza en base a éste. Se busca identificar, de esta manera, qué aspectos colisionan o son incompatibles con los criterios desarrollados, para luego brindar opciones tanto de reforma como de aplicación a un caso concreto.

Desde esta perspectiva, se presentan las dos críticas centrales al retiro de confianza desde el parámetro convencional: (i) la subjetividad del retiro de confianza carente de controles materiales o formales; y (ii) la ausencia de remedios ante esta forma de extinción.

Por la configuración de su estructura, el retiro de confianza presenta serios cuestionamientos de cara a la causalidad del despido que exige el artículo 7, literal d) del PSS. Como se ha señalado en el primer capítulo, la norma internacional se adscribe a un modelo de despido causalizado, lo cual supone la proscripción de la libre extinción unilateral por parte del empleador. Además, implica atribuir un contenido formal y material mínimo para justificar la decisión empresarial. En otras palabras, se trata de un diseño que establece controles sobre la voluntad del empleador e impide que esta pueda imponer por sí misma la terminación del contrato.

A partir de ello, se evidencia que la estructura del retiro de confianza difiere del estándar interamericano de protección contra el despido por dos razones. En primer lugar, esta causal, al depender exclusivamente de la voluntad del empleador, marca una distancia con el modelo causalizado. Se añade a ello la falta de controles materiales y formales. Sin la posibilidad de contar con parámetros objetivos que permitan revisar la justificación, el retiro de confianza se vuelve incuestionable en sede jurisdiccional. Desde esta perspectiva, se incumplen las obligaciones establecidas por la Corte IDH en el caso Lagos del Campo vs. Perú (2017) relativas al principio de causalidad y establecimiento de mecanismos de impugnación frente al despido.

En este punto interesa notar que pueden extrapolarse los mismos argumentos por los cuales el TC, en la sentencia del caso Fetratel, declaró el despido ad nutum como inconstitucional. Así, el retiro de confianza implica vaciar el contenido esencial del derecho al trabajo en su dimensión normativa, al implicar un despido sin motivación sustantiva. De igual modo, supone diluir toda manifestación del principio tuitivo en lo relativo a los contrapesos de la terminación del contrato por iniciativa empresarial. Llama la atención, pues, que el órgano jurisdiccional eluda una sólida línea jurisprudencial de carácter vinculante y reintroduzca el despido sin causa.



Sin perjuicio de lo señalado, ¿podría admitirse el retiro de confianza en la forma en la que está estructurado? Tal planteamiento enfrenta problemas de diverso orden<sup>134</sup>. A nivel de derecho interno supondría que el TC establezca una excepción al contenido esencial del derecho al trabajo. Un cambio de ese tipo, sin embargo, debe pasar necesariamente por reformar la interpretación sobre el artículo 22 de la Constitución sostenida desde hace más de veinte años. Incluso superando tal obstáculo, podría cuestionarse dicha regulación como regresiva de derechos de acuerdo a los estándares desarrollados por la CIDH y la Corte IDH.

El retiro de confianza no solo presenta cuestionamientos en lo relativo a las garantías de protección que se desprenden del PSS. Así, en cuanto a las medidas reparatorias, este tipo de despido también evidencia serios inconvenientes de cara al cumplimiento de las obligaciones internacionales. Conviene recordar, en este punto, que el instrumento internacional no admite la ausencia de reparación ante situaciones de arbitrariedad o injusticia en el despido. En ese sentido, la libertad de configuración en los casos de despido injustificado no puede implicar, bajo ningún supuesto, falta de remedios.

Desde esta perspectiva, la mayoría de reglas que se han creado jurisprudencialmente para resolver los casos de retiro de confianza no atienden a este parámetro. En primer lugar, la negación de cualquier medida reparatoria para los trabajadores de dirección y confianza «originarios»<sup>135</sup> carece no solo de sustento desde el parámetro convencional, sino incluso legal. En otros términos, la restricción absoluta que se propone desde la jurisprudencia es contraria al PSS<sup>136</sup> y al derecho interno. De igual manera, la jurisprudencia tampoco ha desarrollado una fundamentación constitucional para limitar la medida de reposición. En ese sentido, la exclusión de un remedio ofrecido por el ordenamiento laboral, que se impone a través de los órganos jurisdiccionales, colisiona con los estándares de tutela previstos. Finalmente, debe señalarse que existe cierta ambigüedad respecto a la disposición de los mecanismos de impugnación del despido, pues no existe claridad respecto a los alcances del control jurisdiccional.

Ahora bien, resulta interesante señalar que, en su estructura primigenia, la LPCL sí impedía la reposición para aquellos trabajadores de dirección y de confianza (artículo 84). Esta restricción, además, no fue una innovación, sino que reiteraba una disposición similar

---

<sup>134</sup> La sección 1.2.2.2.1 desarrolla una argumentación más extensa sobre la materia.

<sup>135</sup> El TC, mediante la sentencia recaída en el expediente 3501-2006 PA/TC, introdujo la distinción entre aquellos que fueron contratados desde un inicio bajo esta categoría (originarios) y aquellos que accedieron a este mediante un ascenso o promoción (promocionados). Para este órgano jurisdiccional, tal distinción, aunque carece de sustento normativo, justifica por sí sola la posibilidad de otorgar mayores medidas de reparación.

<sup>136</sup> Resulta anecdótico que la Corte Suprema, a través de uno de sus últimos plenos jurisdiccionales, haya buscado atenuar esta limitación atendiendo a una disposición constitucional. Así, ha señalado que en los casos de retiro de confianza de una trabajadora gestante sí corresponde la reposición debido a la “protección especial” que les concede el ordenamiento. Este criterio resulta cuestionable en la medida en que se utilizan disposiciones aisladas en la Constitución para justificar nuevas excepciones, sin un criterio claro de sistematicidad.

positivizada en la Ley 24514<sup>137</sup>. Sin embargo, esta limitación fue suprimida en julio de 1995 por la Ley 26513 -que derogó y modificó varios artículos de la LPCL. Desde esta perspectiva, y como consecuencia de la derogación, las opciones de remedios jurídicos para este colectivo de trabajadores no están sujetas a ninguna regla especial. En tal sentido, desde el derecho positivo, no existe una limitación válida ni vigente.

En base a lo expuesto se puede afirmar que el retiro de confianza para los trabajadores de dirección y confianza «originarios» implica el incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido relativas a remediar una terminación injustificada y disponer de recursos eficaces de impugnación. Ahora bien, debe notarse que estas objeciones niegan la posibilidad de otorgar validez jurídica al retiro de confianza en los términos actuales. Nada impide, pues, que se pueda reformular para adaptarlo a los parámetros constitucionales y convencionales. Es a partir de esta premisa que el siguiente apartado busca brindar soluciones, tanto desde el ordenamiento actual, como para potenciales cambios normativos.

#### 2.2.4. Propuestas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido

De forma similar al caso anterior, existen dos enfoques que permiten adecuar el retiro de confianza a los estándares internacionales. El primero consiste en la modificación normativa a partir de las diferentes razones expuestas. Por otro lado, desde el derecho vigente, el segundo enfoque supone emplear alternativas desde otras disciplinas como el control de constitucionalidad y los ilícitos atípicos con la finalidad de otorgar tutela jurídica a este grupo de trabajadores excluidos de la protección contra el despido.

Ahora bien, ambas propuestas, como en el caso anterior, comparten dos premisas teóricas importantes. La primera consiste en que no se puede establecer exclusiones absolutas al ámbito subjetivo de la protección contra el despido. En ese sentido, las opciones deben de respetar los contenidos mínimos expuestos en el capítulo anterior. Por otro lado, la segunda premisa implica que, ante la evidencia de razones de suficiente entidad y relevancia constitucional, las reglas de despido pueden adaptarse. Así, tanto la obligación de causalidad, como las medidas reparatorias pueden ser flexibilizadas en razón de otros bienes jurídicos.

De cara a una eventual reforma normativa (*lege ferenda*) se puede identificar dos alternativas. La primera consiste en la creación de un régimen laboral especial que atienda a particularidades específicas de los trabajadores de dirección -entre otras, al nivel de autonomía funcional requerido para su calificación, a las reglas sobre el tiempo de trabajo, y al despido. Nótese que en este caso se mantiene el status de trabajador, pero con modulaciones que se limitan exclusivamente a aquellas instituciones del derecho del trabajo

---

<sup>137</sup> En concreto, el primer párrafo del artículo 15 señalaba que “los trabajadores empleados que desempeñen cargos de confianza, están amparados por esta ley; pero solo podrán ejercitar la acción indemnizatoria a que se refiere el artículo anterior”.

que requieren adaptarse<sup>138</sup>. De esta manera, allí donde la especial naturaleza de esta categoría no exija reglas especiales, las disposiciones de carácter general serán aplicables.

Ahora bien, en lo que respecta al despido, el retiro de confianza deberá reformularse para incorporar al principio de causalidad, así como medidas reparatorias idóneas. Ello supone, por tanto, incluir parámetros de control sobre la decisión empresarial, así como una forma de tutela. ¿Cómo se configuraría tal diseño?

La doctrina nacional ha reflexionado poco al respecto. Blancas (2022), por ejemplo, niega la validez de esta forma de extinción, sea como causal de extinción o causa justa de despido. Apunta este autor que, en la medida en que su configuración carece de fundamentos objetivos, se quebraría el control jurisdiccional del despido. En ese sentido, sostiene que la diferencia de los remedios que brinda el ordenamiento no debería justificar también la eliminación de garantías de protección. Esta postura, que rechaza al retiro de confianza, enfrenta como principal objeción la exigencia de balance de derechos en estos supuestos particulares. ¿Cómo, entonces, armonizar ambos intereses?

Rediseñar el retiro de confianza requiere, en primer lugar, atender a los límites que establece el parámetro convencional y constitucional. En tal sentido, no se puede habilitar una extinción libre o que no se fundamente en la protección de bienes jurídicos empresariales reconocidos constitucionalmente. De igual modo, tampoco puede negarse el otorgamiento de remedios ante terminaciones injustificadas. Finalmente, la decisión empresarial debe ser poder ser objeto de control o revisión por parte de los órganos jurisdiccionales. Considerando estos aspectos, la configuración de un modelo atenuado<sup>139</sup> de despido causalizado resulta plenamente compatible. Mediante esta opción se concilian las obligaciones internacionales respectivas con la necesidad de flexibilidad que se requiere para terminar el vínculo en este tipo de casos. En otros términos, se satisface la proporcionalidad de los derechos involucrados.

El retiro de confianza, limitado a los trabajadores de dirección, tiene como finalidad proteger la libertad de empresa ante supuestos de afectación al normal desenvolvimiento de las actividades económicas. Desde esta perspectiva, la medida en cuestión muestra un sustento

---

<sup>138</sup> En un trabajo publicado por el centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP, Palomeque (2019, p.76) denomina a esta aproximación como laboralización declarativa. Señala este autor que se reafirma la naturaleza laboral del trabajo, esto es, su “incorporación institucional”, pero con fórmulas normativas que difieren de las generales.

<sup>139</sup> Conviene señalar que este planteamiento no resulta completamente innovador. En la década de los ochenta, Mario De la Cueva (1980, p.453) planteaba que el retiro de confianza debería fundamentarse en “circunstancias que, sin consistir, precisamente, en las causas señaladas en el artículo 121 [símil del artículo 25 de la LPCL], sí sean motivos bastantes para que [...] ameriten la separación del trabajador”. Sánchez-Urán (1996), en la doctrina española, coincide con esta posición al señalar que la forma de extinción en estos casos debería tener una orientación más flexible al diseño clásico del despido disciplinario.

Por último, una reminiscencia de esta posición puede notarse en el voto singular del juez supremo Chávez Zapater en la casación laboral 18450-2015 Lima, quien sostiene que esta forma de terminación del contrato debe de estar justificada en un hecho objetivo (Cuellar, 2022).

constitucional y la correspondiente relación medio-fin<sup>140</sup>. Por tanto, se satisface el subprincipio de idoneidad del test de proporcionalidad. Asimismo, esta medida constituye la alternativa menos gravosa. No existe, pues, una posible opción normativa que implique una menor afectación al principio de causalidad. Al respecto, conviene recordar que otras opciones -como el despido libre indemnizado- en la medida que no se ajustan a los estándares constitucionales y convencionales no pueden ser admitidas<sup>141</sup>. En tal sentido, el subprincipio de necesidad también se cumple.

Se evidencia, finalmente, un balance adecuado entre la leve afectación del derecho al trabajo y una elevada realización de la libertad de empresa. Así, al constreñir el retiro de confianza a una motivación fundamentada en la conducta o capacidad, el principio de causalidad mantiene cierto grado de efectividad y permite un control posterior de la decisión empresarial. Al mismo tiempo, la eficacia inmediata de la decisión permite salvaguardar la actividad económica y los bienes jurídicos empresariales perjudicados, protegiendo el derecho fundamental en cuestión. En ese sentido, el balance entre los bienes jurídicos en disputa resulta adecuado y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto es satisfecho. En suma, la flexibilización tenue del principio de causalidad, que reduce las obligaciones que rodean la facultad de despedir constituye una opción jurídicamente válida conforme a los estándares constitucionales.

Por otro lado, con respecto a las medidas reparatorias, es posible plantear una limitación a la reposición<sup>142</sup> justificada a partir de las particularidades de la relación de trabajo<sup>143</sup>. Para elaborar este planteamiento, de nuevo, resulta útil atender a dos premisas: (i) el carácter restrictivo que debe tener este; y (ii) el necesario sustento en la afectación o incidencia muy intensa a los derechos fundamentales del empleador.

Desde este punto de vista, destaca el hecho que los trabajadores de dirección ocupan puestos estratégicos en la organización de la empresa, y que su adecuado desempeño es fundamental para el correcto desenvolvimiento de la actividad económica. El despido de éstos, entonces, sea por capacidad o conducta, evidencia una falta de idoneidad en el cargo y tiene una

---

<sup>140</sup> Al respecto, Clérico (2009) señala que el examen de idoneidad tiene como finalidad evitar que se afecten derechos fundamentales sin justificación. En ese sentido, el juicio sobre la idoneidad óptima o subóptima corresponde a niveles posteriores. Resulta suficiente, por tanto, evidenciar el fomento del fin perseguido.

<sup>141</sup> Clérico (2009) apunta que la comparación entre medidas tiene, como punto de partida, afectaciones de igualdad intensidad. En otras palabras, el subprincipio de necesidad exige que las alternativas empaten al objeto de análisis en su nivel de afectación.

<sup>142</sup> Un tema más general al respecto -y poco abordado por la doctrina nacional- es el relativo a los supuestos de imposibilidad de reposición del trabajador. Conforma una primera categoría un cúmulo de hechos o circunstancias objetivas, tales como la muerte del trabajador y el cierre o destrucción de la empresa. Mientras que la segunda categoría se conformaría por los supuestos que atienden al trabajador, los cuales son objeto del presente acápite.

Con relación a esta temática, el artículo 284 de la Ley de Procedimiento Laboral de España dispone el cambio de medida reparatoria -de reposición a indemnización- cuando la empresa cesa su actividad económica.

<sup>143</sup> La referencia a los tipos de trabajadores implica negar también que la restricción a la reposición considere o se fundamente exclusivamente en las características de la empresa. No existen, pues, empleadores que por sí mismos justifiquen tal limitación.



repercusión de mayor impacto en la empresa. La reposición del trabajador de dirección, desde esta perspectiva, tiene la potencialidad de comprometer la concreción de objetivos y fines empresariales, dado el rol que volvería a asumir en la organización. La restricción, en ese sentido, guarda coherencia con la finalidad del despido, que es el resguardo del correcto funcionamiento de la unidad productiva. Nótese que este aspecto constituye la diferencia esencial con relación a otros dependientes de menor categoría, y que vuelve controversial a su reincorporación.

Ahora bien, resulta importante señalar que, si bien se justifica una limitación a la reposición, ello no supone la imposibilidad de declarar nula la terminación<sup>144</sup>. Para esto es importante distinguir entre la calificación jurídica del despido y los efectos principales y accesorios que se generan (Arce, 2021). Mientras que lo primero hace referencia a la naturaleza de la terminación realizada por el empleador -incausado, nulo, arbitrario o fraudulento-, lo segundo alude a cuáles son las medidas reparatorias -reposición o indemnización- que corresponden. Desde tal perspectiva, una eventual restricción a la denominada tutela restitutoria no es óbice para no realizar una adecuada clasificación del despido, ni tampoco dejar de otorgar los remedios accesorios que resulten compatibles, como los devengados y beneficios sociales.

Por otro lado, una segunda opción pasa por excluir a esta categoría de manera parcial del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. De esta manera, se reconocen una serie de derechos laborales, pero con un amplio margen para su configuración desde la autonomía privada. Esta opción fue planteada por la Comisión de Expertos que elaboró el Proyecto de Ley General de Trabajo, y fue inspirada en el régimen especial para esta categoría en el ordenamiento español (Real Decreto 1382/1985).

Finalmente, una propuesta más práctica en su solución a las diferentes críticas y objeciones al retiro de confianza. Esta opción -con origen en un sector de la doctrina del siglo XX- pasa por excluir a los trabajadores de dirección del ámbito subjetivo de la legislación laboral al considerarlos como autónomos. Desde esta perspectiva, la remisión a las reglas de la locación de servicios o a un nuevo contrato típico apunta a realzar la característica de autonomía funcional y su consecuencia lógica: la atenuación de la subordinación jurídica. Si bien conteniendo el carácter expansivo del derecho del trabajo, la orientación de esta medida sería promover el uso adecuado de esta categoría, generando además mayores espacios de autonomía privada que se adapten al funcionamiento particular del centro de trabajo.

Recapitulando, la siguiente tabla consolida las dos opciones desarrolladas de cara a una eventual reforma:

Propuestas para adecuar el retiro de confianza a los estándares de la
---

<sup>144</sup> Para poder aplicar estas restricciones a un caso concreto, sin embargo, se requieren normas específicas. Como se ha señalado, la única disposición que permite el cambio de medida reparatoria es la establecida en el tercer párrafo del artículo 34 de la LPCL. No habiendo otra norma jurídica la restricción teórica planteada es inaplicable.



protección contra el despido		
Modelo atenuado de despido causalizado	Exclusión parcial de la categoría	Exclusión de la categoría
<p>Consiste en la flexibilización del retiro de confianza a fin de ponderar adecuadamente los derechos fundamentales involucrados.</p> <p>La propuesta implica que el empleador motive el retiro de confianza a partir de razones vinculadas al ejercicio de las funciones de dirección (desempeño, capacidad, conducta, resultados, entre otros).</p>	<p>Implica el otorgamiento de derechos laborales de manera supletoria, pero con un amplio margen a partir de la autonomía privada.</p> <p>(Proyecto de Ley General de Trabajo)</p>	<p>Implica la exclusión de la categoría trabajadores de dirección del ámbito subjetivo del derecho del trabajo. De esta manera, estas relaciones contractuales estarían reguladas por la locación de servicios u otro contrato típico que atienda a la particular relación.</p>

Elaboración propia

De cara a buscar la protección jurídica de los trabajadores de dirección y de confianza en el ordenamiento vigente (lege data) se pueden identificar, como se señaló al inicio, dos opciones. La primera consiste en cuestionar la constitucionalidad de la categoría trabajador de confianza con la finalidad de incluirlos íntegramente en el sistema de protección contra el despido. La segunda, por otro lado, pasa por recurrir a los ilícitos atípicos -en particular, al abuso de derecho- a fin de corregir deformaciones en el ejercicio de potestades jurídicas (Atienza y Manero, 2000). A continuación, se expondrá cada una y cómo se operativizan.

Como se ha señalado, la primera propuesta busca cuestionar la validez material de la categoría trabajador de confianza. Para ello, de acuerdo con el Código Procesal Constitucional, se requiere que la norma en cuestión sea imprescindible para resolver el caso en cuestión. Con respecto a ello, destaca el hecho que es solo a través de la existencia de esta categoría que el retiro de confianza es posible y aplicable<sup>145</sup>. De este modo, una vez expulsado este grupo del ordenamiento jurídico, se aplicará únicamente el régimen general de protección contra el despido. Nótese que, en este contexto, no se está cuestionando la calificación del trabajador en particular, sino que la categoría de confianza tenga sustento jurídico y constitucional.

La inconstitucionalidad de esta categoría pasa por revisar de forma crítica los motivos del trato diferenciado. Un apartado anterior ha identificado que existen dos posiciones detrás

<sup>145</sup> Una posible variación de esta alternativa sería realizar control difuso del retiro de confianza en sí mismo. No obstante, toda vez que esta forma de despido no se encuentra regulada en ninguna norma de derecho positivo, la forma de operativizar el juicio de validez resulta problemática.

**de la racionalidad del grupo: (i) la tesis de la “especial confianza” (criterio subjetivo); y (ii) la tesis de la proximidad al poder empresarial (criterio objetivo).** El primero debe descartarse en la medida que, siguiendo lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución, el criterio para fundamentar una diferencia normativa debe ser de naturaleza objetiva y no subjetiva. Por otro lado, aún reconociendo la validez de la segunda tesis, la categoría trabajador de confianza amerita un trato diferenciado en la medida en que su proximidad al poder empresarial es relativa o periférica -a diferencia de los de dirección<sup>146</sup>. En ese sentido, al carecer de un elemento objetivo que sustente la diferenciación, el segundo párrafo del artículo 43 de la LPCL debe declararse inconstitucional.

Tras la expulsión de la categoría trabajador de confianza del ordenamiento jurídico corresponde ahora explicar cómo se canalizaría la resolución de estos casos. Paredes (2010, p.152) es uno de los pocos autores que ha propuesto una forma de encauzar el cuestionamiento a la validez del retiro de confianza. Así, para este autor, al no estar contemplado este motivo como una causa justa de despido, este se debe reputar como fraudulento por vulneración al principio de tipicidad, conforme a la sentencia en el caso Llanos Huasco. Sin embargo, esta opción no resulta apropiada. Ello debido a que el supuesto alegado se refiere a los casos en que la imputación realizada por el empleador, en el marco del procedimiento interno, vulnera el principio de tipicidad<sup>147</sup>.

La opción más adecuada para cuestionar este tipo de despido es a través de la categoría ad nutum. Como se ha expuesto en reiteradas ocasiones, el retiro de confianza comparte similitudes sustanciales con este: (i) carece de una causa justa de cese; y (ii) impide la revisión judicial de los motivos de fondo. Debe advertirse que en este caso no se requiere de un proceso de integración del retiro de confianza a las categorías de despido ilegales, sino que, al invalidar la posibilidad de aplicar esta forma de terminación, corresponde aplicar el régimen general de protección contra el despido. En ese sentido, la categoría normativa en cuestión resulta plenamente aplicable al caso.

La segunda propuesta para cuestionar el despido por retiro de confianza pasa por utilizar el abuso de derecho, institución de la teoría general, para obtener tutela jurídica por parte del ordenamiento. Nótese que, a diferencia de la primera opción -que busca armonizar la

---

<sup>146</sup> Desde esta perspectiva, ante una aplicación exhaustiva del *test* de igualdad, esta posición tendría que justificar constitucionalmente la diferencia entre los trabajadores de confianza y aquellos que no lo son. Asimismo, tendría que sostener por qué la alta intervención al derecho a la igualdad -que supone vaciar de contenido el derecho al trabajo- supera el *test* de proporcionalidad. No obstante, como se ha señalado, al carecer de sustento jurídico, estos niveles posteriores de análisis son innecesarios.

<sup>147</sup> Para un mayor detalle, conviene revisar las sentencias que cita el TC para la construcción teórica de este supuesto de despido fraudulento. Así, se observa que las sentencias que aludidas (expedientes N° 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC) no se refieren a una causal de extinción no prevista legalmente. Por el contrario, versan sobre vicios en la configuración de la falta (imputación de hechos y deficiente subsunción) y la imposición de una sanción no prevista (“llamada de atención”). En ese sentido, el común denominador de la casuística responde a reforzar el control de la causalidad y no proteger frente a la alegación de una forma de extinción. En un sentido similar, Neves (2015) precisa que la lógica general del despido fraudulento es evitar el mero cumplimiento formal de los controles del despido.

legislación con los estándares constitucionales y convencionales de protección contra el despido-, esta segunda persigue únicamente una indemnización a través del sistema de la responsabilidad civil. En ese sentido, un inconveniente inicial a esta alternativa es la falta de incidencia en el ordenamiento laboral. Sin perjuicio de ello, se puede considerar como una forma válida de tutelar a los trabajadores de dirección y de confianza y por ello se procederá a explicar su planteamiento.

A partir de esta propuesta se busca cuestionar que el retiro de confianza excede la justificación de la facultad empresarial de despedir, pues se aleja de los principios que la fundamentan y regulan. En otros términos, no se cuestiona la validez per se del despido, sino que el principio de causalidad prima sobre su justificación y, por tanto, debe repararse. Desde esta perspectiva, el trabajador deberá argumentar, (i) que existe una regla que permite el cese libre para esta categoría; (ii) que a partir del ejercicio de esta facultad se ha generado un un daño -el cual no se encuentra prohibido por el ordenamiento; (iii) que este daño carece de justificación, sea porque resulta excesivo o porque no persigue un fin legítimo; y (iv) que esta acción debe quedar fuera del alcance de la norma por injustificado (Atienza y Manero, 2000, p.57).

La subsunción de esta teoría, entonces, resulta plenamente justificada. Primero, jurisprudencialmente se ha reconocido el retiro de confianza como forma de despido. En ese sentido, el empleador cuenta con una regla que permite el despido libre de esta categoría. Segundo, a partir del ejercicio de este poder, los trabajadores de dirección sufren un daño, pues, intempestivamente, pierden su empleo y con ello su fuente de ingresos. Asimismo, este perjuicio no se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico ya que se reconoce como una facultad discrecional del empleador. Tercero, esta afectación no persigue una finalidad legítima debido a que el retiro de confianza no cuenta con sustento constitucional e implica, además, una grave lesión al derecho al trabajo. Finalmente, la ausencia de una justificación cualificada para este tipo de daño debe tener como consecuencia su exclusión del alcance normativo. Por tanto, ante estos supuestos de hecho, corresponde indemnizar.

A manera de resumen, el siguiente cuadro consolida las dos opciones desarrolladas a partir del ordenamiento jurídico vigente:

Propuestas para adecuar el retiro de confianza a los estándares de protección contra el despido desde el derecho positivo	
Control difuso	Abuso de derecho
A través de esta propuesta se busca cuestionar la constitucionalidad de la categoría trabajador de confianza por introducir una distinción que carece de sustento constitucional. Así, excluida esta categoría del ordenamiento, corresponde la aplicación del régimen general de protección contra el	Supone impugnar el retiro de confianza como una forma de ejercicio abusivo de un derecho, ya que implica la generación de un daño carente de justificación. De esta manera, aunque no se cuestiona la validez de esta forma de despido, se busca reparar al trabajador despedido por medio de una indemnización.

### 2.3. Periodo de prueba: tres meses de indefensión

Minutos después de la declaratoria de estado de emergencia por la pandemia de la COVID-19 una empresa del rubro de exhibición y distribución de películas cinematográficas cursó misivas a un grupo significativo de trabajadores indicando que terminaban la relación laboral por no superar el periodo de prueba. Hechos como el descrito suceden en la praxis jurídica con frecuencia, y evidencian las posibilidades que brinda el ordenamiento para un uso abusivo de este instituto jurídico -el cual carece, en su diseño, de controles legales. ¿Cómo entender la relación que tiene con la protección contra el despido? ¿Qué problemas presenta el diseño de cara a su compatibilidad con el bloque de constitucionalidad? ¿Qué interpretaciones y eventuales reformas podrían aplicarse para armonizar el derecho interno con el estándar interamericano?

El presente subcapítulo, al igual que los anteriores, abordará la justificación de esta excepción del ámbito subjetivo de la protección contra el despido en el ordenamiento. Para ello, en primer lugar, se desarrollará un breve análisis sobre el fundamento y finalidad del periodo de prueba en las relaciones laborales. Luego, se estudiará un enfoque sobre la ubicación del periodo de prueba en las formas de extinción del contrato de trabajo. A partir de ello, se realizará una identificación de los problemas del diseño con relación al estándar interamericano. Y, finalmente, se propondrá una serie de opciones para una adecuación de la normativa, así como también propuestas de reforma legislativas.

#### 2.3.1. Evaluación en concreto del trabajador en su puesto: fundamento y finalidad del periodo de prueba

Para comprender el periodo de prueba y su incidencia en la protección contra el despido es necesario atender a sus fundamentos y finalidades. En función de esta premisa, al igual que en los subcapítulos anteriores, se propone un enfoque dual, que revisa la doctrina clásica y contemporánea y la contrasta con las diferentes normas que regulan el instituto jurídico.

Señala la doctrina clásica que el periodo de prueba constituye una etapa de **“experimentación” de los sujetos laborales, y que se sustenta en la duración del contrato de trabajo** y sus consecuencias jurídicas (Caldera, 1960, p.316). Así, se sostiene que es una herramienta útil para el empleador a efectos de medir el rendimiento profesional (Cabanelas, 1963). Desde esa perspectiva, se observa que las conceptualizaciones iniciales de este instituto se orientan a perfilar este como un instrumento de gestión de las relaciones laborales<sup>148</sup>. De ahí que incluso se destaque que, durante este periodo, la valoración

---

<sup>148</sup> No obstante, un sector de la doctrina clásica ha planteado el carácter bifronte del periodo de prueba. Caldera (1960, p.316), por ejemplo, ha señalado que permitiría al trabajador evidenciar la



empresarial adquiere un carácter subjetivo, no requiriendo de justificación ni sometiéndose a controles posteriores (De la Cueva, 1961, p.767).

Estos planteamientos, luego, han sido más desarrollados por la doctrina española. Al respecto, Antonio Martín Valverde<sup>149</sup> (1976), precisa que el periodo de prueba consiste en un intervalo de tiempo en el cual se evalúa, de forma objetiva, la relación de trabajo<sup>150</sup>. En otras palabras, se busca controlar los riesgos del inicio de un nuevo vínculo laboral para organización empresarial (Torollo, 1996). Desde esta perspectiva, la aptitud del trabajador es evaluada en un sentido amplio, lo que incluye también una revisión sobre su integración en la dinámica laboral (relación con superiores, compañeros de trabajo, clientes, etc).

Un aspecto importante a resaltar de esta conceptualización son los límites que tiene la evaluación. Dicho enfoque resulta clave pues, ahí donde el empleador exceda estos, deberá reputarse un uso desmedido del periodo de prueba. Como señala Martín Valverde (1976, p.20), si no se establecen restricciones este instituto se reducirá a ser un mecanismo para sortear los controles jurídicos de la protección contra el despido. En base a ello, las limitaciones deben ser funcionales a la finalidad identificada y evitar el efecto precarización durante este lapso de tiempo.

Con relación a ello, Torollo (1996) plantea la necesidad de encuadrar de forma más objetiva la evaluación empresarial. Así, se plantea que esta comprende, en primer lugar, la aptitud profesional del trabajador para ocupar su puesto, y en segundo lugar, su idoneidad en la dinámica laboral (Torollo, 1996). Nótese que este segundo aspecto, si bien amplía el enfoque más allá de las cualidades, busca rescatar el impacto que puede tener esta dimensión interpersonal en el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial<sup>151</sup>. Desde esta perspectiva, la clave de este aspecto reside en su vinculación con la actividad económica y su potencial afectación.

---

suficiencia de la contraprestación por el trabajo realizado o de otras condiciones de empleo. Sin embargo, como señala Antonio Martín Valverde (1976), esta instrumentalidad es de poca entidad en comparación con la perspectiva empresarial, pues toda esa información -así como la posibilidad de una renuncia intempestiva- no requieren exclusivamente del periodo de prueba.

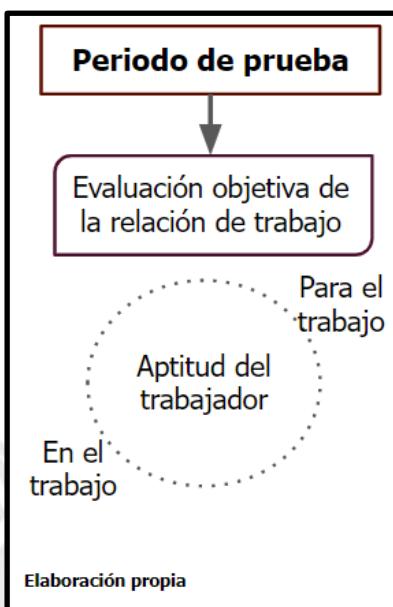
<sup>149</sup> Conviene señalar que el autor citado, Antonio Martín Valverde, ha cambiado su posición en posteriores trabajos (Martín, Rodríguez-Sañudo y García, 2015). Este cambio, cabe señalar, responde a la estructura normativa que tiene el ET de España, el cual señala que la resolución contractual podrá producirse tanto por el trabajador como por el empleador, sin consecuencias jurídicas (art. 14.2).

<sup>150</sup> Martín Valverde (1976) también señala como fundamento la descualificación de los trabajadores producto del proceso de control capitalista. Esta explicación, sin embargo, ha sido cuestionada desde la sociología del trabajo. Si bien Harry Braverman (1974) lo planteó como una característica del taylorismo, autores como Burawoy (1983, p.589) han demostrado que tal generalización olvida tanto el carácter cambiante de las habilidades profesionales, como la existencia de trabajadores especializados -cuyas capacidades no pueden ser atemperadas por los procesos del trabajo.

<sup>151</sup> Resulta importante precisar que este criterio no se sostiene solo en una simple alusión a las relaciones sociales en el centro de trabajo. Por el contrario, tiene una expresión concreta en la integración con el equipo de trabajo; las relaciones jerárquicas en la organización; el trato con clientes; entre otros (Torollo, 1996).



A manera de resumen, el diseño del periodo de prueba puede resumirse en el siguiente gráfico:



Ahora bien, en la doctrina nacional existe ambigüedad sobre el tratamiento de este instituto jurídico. Un primer sector solo destaca la falta de sistematicidad y reglamentación del instituto, sin presentar una propuesta específica para su comprensión y adecuada aplicación (Arce, 2021)<sup>152</sup>. Otro sector, de manera acrítica<sup>153</sup>, simplemente destaca su instrumentalidad como un lapso temporal de despido libre (Toyama, 2015, p.77). En ese sentido, no se identifican posiciones conceptuales que analicen el periodo de prueba desde su objeto y rol en la dinámica de las relaciones laborales. Solo se observa, así, posiciones ancladas únicamente en el derecho positivo, con una excepción (Sanguineti, 1989).

Conviene notar que tal premisa de trabajo resulta problemática por la falta de sistematicidad y desarrollo en el ordenamiento jurídico. Así, de acuerdo con el artículo 10 de la LPCL, solo se observa una limitación en la protección contra el despido durante dicho tiempo. Desde esta perspectiva, el periodo de prueba carecería de un fundamento y finalidad específica. Sin embargo, se puede identificar, en el empleo público, una mejor precisión, la cual facilita una adecuada interpretación. Al respecto, el Decreto Supremo 040-2014-PCM, Reglamento de la Ley del Servicio Civil, en su artículo 185, señala que la finalidad de este instituto es la

---

<sup>152</sup> Arce (2021) identifica ciertas cuestiones accesorias a la regulación del periodo de prueba que merecen atención: (i) la necesidad de reglas especiales para determinar el plazo aplicable en contratos modales; (ii) el cómputo del periodo de prueba en contratos sucesivos y sucesión de empleadores. A estas observaciones también se le pueden añadir otras dos: (i) formas de exoneración; y (ii) requisitos para su ampliación.

<sup>153</sup> Otros representantes de la doctrina nacional son aún más indiferentes sobre la incidencia que tiene el periodo de prueba sobre los derechos de los trabajadores y no evidencian una posición al respecto. Pasco (1987, p.249), por ejemplo, comenta únicamente que el intervalo de tiempo es “notoriamente insuficiente para afianzar un vínculo indisoluble”.

evaluación práctica del trabajador en su puesto. En ese sentido, existen ciertos datos normativos que explican el periodo de prueba.

Al margen de esta dificultad normativa, como se ha notado unánimemente desde la doctrina clásica hasta la actualidad, el periodo de prueba constituye un intervalo importante en el desarrollo del contrato de trabajo. Su funcionalidad, desde esta perspectiva, radica en garantizar la ejecución idónea de las obligaciones laborales. Así, a pesar de no estar expreso en la legislación, supone una evaluación del trabajador en lo relativo al desempeño de sus funciones, y a su incorporación a la organización empresarial. Por tanto, su superación o reprobación son jurídicamente relevantes. Entonces, ¿cómo se expresan estas consecuencias? El siguiente apartado aborda este aspecto.

### 2.3.2. Naturaleza jurídica del acto extintivo durante el periodo de prueba

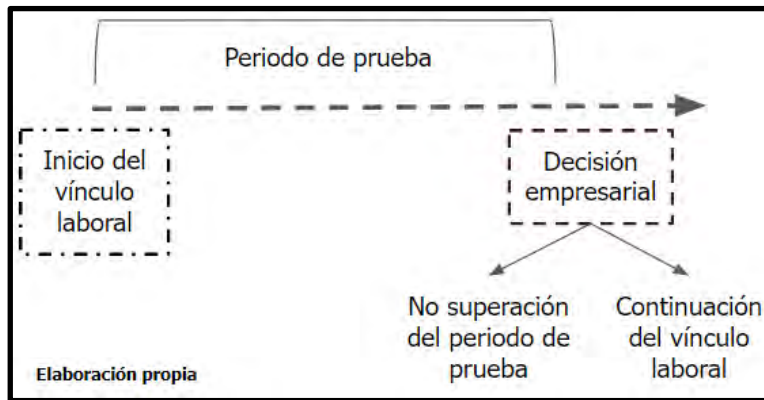
Como se ha señalado, el periodo de prueba implica un intervalo temporal en el que se evalúa al trabajador al inicio de la relación de trabajo, y su resultado tiene consecuencias jurídicas relevantes. Así, en base a este, el empleador tiene dos opciones: (i) considerar que la prueba ha sido satisfactoria; o (ii) estimar que el trabajador no ha satisfecho la evaluación. Los operadores del derecho han denominado a la segunda alternativa<sup>154</sup> como **“no superación del periodo de prueba”**, y le atribuyen el efecto jurídico de extinguir el contrato de trabajo. En oposición a ello, la aprobación de esta evaluación implica la continuación del vínculo laboral.

A partir de lo expuesto, la dinámica de este instituto jurídico se puede expresar en el siguiente gráfico:

---

<sup>154</sup> Nótese que la decisión sobre la superación satisfactoria del período de prueba se presume, pues solo se comunica el resultado cuando éste es desfavorable. En otros términos, el silencio del empleador sobre el ejercicio de su potestad se interpreta en beneficio del trabajador. Esta lógica resulta coherente con la renuncia, supuesto que regula la falta de respuesta empresarial bajo una lógica similar (se presume la aceptación de exoneración del preaviso en caso no se responda en un plazo de tres días).

Aunque excede los alcances de esta investigación, se puede afirmar que el ordenamiento laboral busca que los poderes empresariales se ejerzan, cuanto menos, oportunamente. En ese sentido, supuestos de desidia -como la no respuesta a un pedido de exoneración- no deben interpretarse en perjuicio del trabajador, sino del empleador.



Ahora bien, ¿cómo se interpreta la no superación del periodo de prueba? ¿Dónde se ubica en el ordenamiento jurídico? Nuevamente, si se revisa la clasificación de las formas de extinción del contrato se puede asimilar este caso como parte de los supuestos por iniciativa del empleador. En otras palabras, ésta se debe encauzar o equiparar al despido. No obstante, resulta evidente que no se encuentra positivizado en el artículo 16 de la LPCL, ni en una disposición similar que atribuya los efectos de terminar la relación laboral<sup>155</sup>. De esta manera, al igual que el retiro de confianza, se observan serios problemas de cara a su adecuación al ordenamiento jurídico.

Se identifican, de manera inicial, dos problemas. Primero, debido a que no se encuentra positivizado en el ordenamiento, la extinción bajo este supuesto carece de fundamento normativo. Segundo, por su clasificación en las formas de extinción del contrato de trabajo, la no superación del periodo de prueba debería estar adecuada al sistema causal de despido. En otros términos, su diseño tendría que incluir un control material sobre los motivos de la decisión. No obstante, ambos aspectos parecieran ser poco controvertidos y hasta aceptados.

De esta manera, la no superación del periodo de prueba presenta la siguiente caracterización. En primer lugar, esta decisión, per se, escapa de los alcances del principio de causalidad, pues no existe mecanismo que permita revisar e impugnar la extinción ni tampoco un deber mínimo de justificación. En segundo lugar, y en armonía con este primer aspecto, no se prevé remedio alguno para reparar el despido. En suma, toda vez que los trabajadores en periodo de prueba se encuentran excluidos de forma absoluta del ámbito de protección contra el despido, este es un supuesto de terminación libre (ad nutum).

No obstante, con relación a las medidas reparatorias, un sector de la doctrina difiere de la descripción realizada. Así, de acuerdo con Mas (2018), de la literalidad del artículo 10 de la LPCL se desprende que el periodo de prueba solo permite el despido arbitrario, pero no el nulo. Se busca sostener tal postura, además, en el artículo 23 de la Constitución -el cual

<sup>155</sup> Conviene señalar que podría alegarse que, toda vez que el artículo 10 de la LPCL señala que es término del periodo de prueba que el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido, no se requiere una causal adicional en régimen de despido o en las formas de extinción del contrato, pues la decisión de terminar el vínculo no genera efectos jurídicos. No obstante, esta posición, presenta una objeción desde el parámetro del bloque de constitucionalidad: el sistema de despido libre es incompatible con el PSS.

prohíbe que se limiten los derechos fundamentales en el marco de la relación laboral (Ojeda, 2021). Por tanto, aquellos trabajadores sí podrían obtener tutela jurídica a través de la nulidad regulada en el artículo 29 de la LPCL.

Al respecto, esta posición resulta cuestionable. No se explica cómo una disposición legal desprotege solo a un derecho fundamental, pero no a otros tres. La sola existencia de un criterio interpretativo favorable al trabajador, el cual tiene carácter prevalente -como lo es el *in dubio pro operario*-, impide un resultado como ese. En ese sentido, se olvida que al ser el derecho al trabajo un bien jurídico constitucional se estaría convalidando la supresión de su contenido normativo (el principio de causalidad). Por último, esta interpretación descuida los problemas prácticos para efectivizar la tutela jurídica al trabajador desde la perspectiva procesal<sup>156</sup>.

Resulta interesante mencionar, en este punto, que en el empleo público existe una regulación distinta y más adecuada con relación a este instituto jurídico. De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, la no superación del periodo de prueba constituye una causal de extinción del vínculo del servidor. Asimismo, la decisión de la administración pública se encuentra reglada. Tanto la Ley como su Reglamento establecen un deber de debida motivación para terminar la relación, el cual debe identificar los motivos y hechos que sustentan la evaluación. Un aspecto interesante adicional en esta regulación es el relativo a la oportunidad. Al respecto, la norma reglamentaria señala que solo se podrá comunicar hasta cinco días antes del término del periodo. Así, se busca promover que la administración pública tome estas decisiones con cierta anticipación.

### 2.3.3. Críticas a la luz del estándar interamericano de protección contra el despido

Como se desprende del acápite anterior, la flexibilización de las reglas del cese durante el periodo de prueba evidencian cierta incompatibilidad con el diseño interamericano de protección contra el despido. Esta sección aborda con mayor precisión estos aspectos y presenta un análisis crítico sobre este instituto jurídico a partir del estándar desarrollado. Se busca identificar, así, qué aspectos colisionan o son incompatibles con los parámetros y luego brindar opciones tanto de reforma como de aplicación a un caso concreto.

---

<sup>156</sup> Como reconoce Mas (2018, p.172), la acreditación de la nulidad de despido resulta en extremo complicada para el trabajador. El deber de aportar medios probatorios implica demostrar la existencia de una motivación antisindical, discriminatoria o de represalia. Asimismo, y en caso las pruebas no sean suficientes -o sean desvirtuados por el empleador-, el dependiente asumirá la carga de prueba, siendo declarada infundada su pretensión. En contrapartida, el empleador solo requiere acreditar la existencia de otras razones -que pueden relacionarse con el periodo de prueba. Visto de esta manera, la propuesta resulta poco efectiva e idónea para lograr tutelar al trabajador frente al efecto de precarización de las relaciones laborales que genera el periodo de prueba.

En base a lo expuesto, se presentan las dos críticas centrales a la no superación del periodo de prueba desde el parámetro convencional: (i) la subjetividad de la terminación, carente de controles materiales o formales; y (ii) la ausencia de remedios ante esta forma de extinción.

Similar a los problemas identificados en el retiro de confianza, la no superación del periodo de prueba presenta serios cuestionamientos respecto a su conformidad con el artículo 7, literal d) del PSS. En lo relativo a la causalidad, conviene recordar que el instrumento internacional adscribe al Estado peruano un modelo de despido causalizado, lo que implica la proscripción de la libre extinción unilateral por parte del empleador. Asimismo, ello tiene como consecuencia atribuir un contenido formal y material mínimo para justificar la decisión empresarial. En suma, por medio de esta obligación se exige un diseño normativo que obliga establecer controles sobre la voluntad del empleador e impide que esta pueda imponer por sí misma la terminación del contrato.

Luego de revisar la estructura del despido por no superar el periodo de prueba se observa su incompatibilidad con el estándar interamericano en lo relativo al principio de causalidad y el establecimiento de mecanismos de impugnación frente al despido. La terminación materia de análisis, como se ha señalado, aunque se limita a un lapso de tiempo específico, no requiere de sustento más allá de la voluntad del empleador. En otros términos, la extinción es libre y no se aplican controles materiales ni formales. Del mismo modo, como consecuencia lógica de este diseño, el trabajador despedido no cuenta con mecanismos de revisión judicial que permitan cuestionar la decisión empresarial. Desde esta perspectiva, este tipo de despidos se vuelve inimpugnable.

Como se ha señalado en secciones anteriores, un sector minoritario de la doctrina plantea la posibilidad de impugnar este tipo de despido (Mas, 2018). Al margen de los problemas prácticos e interpretativos ya señalados, interesa destacar en este punto que el cumplimiento de las obligaciones internacionales mencionadas sería seriamente reducido de aceptar esta postura. En primer lugar, el ordenamiento no cuenta con parámetros claros respecto al periodo de prueba, dificultando el control de la decisión empresarial. Asimismo, no existe un mecanismo jurídico que permita su impugnación. Como bien se reconoce, el encauzamiento a través de la nulidad de despido implica afirmar la existencia de un motivo prohibido -el cual está circunscrito solo a ciertos supuestos. En ese sentido, no todos los trabajadores podrían tener acceso a la tutela jurisdiccional en este tipo de casos.

La obligación de causalidad del despido y de establecer mecanismos de impugnación, sin embargo, no son los únicos incumplimientos que se observan en la legislación. En coherencia con la amplia libertad de terminación del contrato el legislador tampoco ha previsto remedios ante este tipo de supuestos. El apartado siguiente aborda tal aspecto.

La no superación del periodo de prueba, al igual que en los dos supuestos anteriores, no solo presenta incompatibilidades con relación a las garantías de protección previstas en el PSS. Así, se observan también, en cuanto a las medidas reparatorias, serios problemas de tutela. Interesa recordar en este punto que el instrumento internacional no admite la ausencia de reparación ante situaciones de arbitrariedad o injusticia en el despido. En otras palabras,



allí donde existe un despido que no respeta los estándares previstos, no puede dejar de otorgar un remedio jurídico. Así, la libertad de configuración presenta un límite importante.

Similar al caso de los trabajadores a tiempo parcial, el ordenamiento no prevé remedio jurídico alguno para este tipo de despidos. Aun cuando se afirma la aplicación de la nulidad (Mas, 2018; Ojeda, 2021), esta solo resulta subsumible a un grupo limitado de casos. En otros términos, salvo por la reposición -configurada como un remedio excepcional- no es posible tutelar al trabajador despedido. De ahí que autores como Toyama (2015) resalten la falta de consecuencias jurídico-patrimoniales en el empleador. Por tanto, al no reconocer la aplicación de medidas reparatorias, este diseño implica un incumplimiento respecto a la obligación de disponer de mecanismos de impugnación<sup>157</sup>.

Resulta interesante señalar en este punto que un diseño normativo anterior a la LPCL limitaba el uso del periodo de prueba en ciertos casos. La Ley 24514 exoneraba su aplicación a los trabajadores que ingresaban a través de un concurso público y aquellos que reingresaban a la empresa<sup>158</sup>. Se trata, pues, de reglas que, a pesar de su alcance, permitían acotar de manera más adecuada a este instituto jurídico. No obstante, ambas exoneraciones no fueron reiteradas por la LPCL. Así, desde el derecho positivo no se cuenta con recursos que permitan impugnar el despido y remediar la terminación injustificada.

A partir de lo expuesto, la exclusión del ámbito subjetivo de los trabajadores en periodo de prueba supone un incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido relativas a remediar una terminación injustificada y disponer de recursos eficaces para impugnar. De forma similar al subcapítulo anterior, atendiendo a la finalidad de este instituto, es posible adecuar su funcionamiento a los parámetros constitucionales y convencionales. En base a esta premisa, la siguiente sección busca brindar soluciones, tanto desde el ordenamiento actual, como para potenciales cambios normativos.

#### 2.3.4. Propuestas para el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido

De manera similar a los casos anteriores, es posible plantear dos opciones generales a efectos de cumplir con las obligaciones internacionales en materia de protección contra el despido. Estas son, nuevamente: (i) una reforma legislativa que atienda a los estándares desarrollados y a las críticas expuestas; y (ii) el empleo de recursos como el control de constitucionalidad o los ilícitos atípicos a fin de dar cumplimiento a estos deberes. En ambos

---

<sup>157</sup> Sin perjuicio de esta afirmación general, conviene señalar que existen pronunciamientos jurisprudenciales aislados que otorgan tutela jurídica a los trabajadores despedidos por no superar el periodo de prueba bajo diferentes fundamentos: Casación 16953-2013 Junín (invalidez del periodo de prueba de seis meses por no ser trabajador de confianza); y Casación 7095-2014 Lima (indemnización por daños y perjuicios).

<sup>158</sup> Debe notarse, sin embargo, que el legislador no estableció consecuencias jurídicas ante supuestos que infrinjan la exoneración. Pese a ello, a través de estas normas se podría contar con un mecanismo de impugnación válido, lo cual no ocurre con el diseño actual.

casos se fundamenta la propuesta y se señala su correspondencia con los parámetros desarrollados en el PSS.

Asimismo, las propuestas en cuestión para los trabajadores en periodo de prueba también se sustentan en las premisas de trabajo planteadas para el caso antes mencionado. Primero, la exclusión absoluta del ámbito subjetivo de la protección contra el despido es contraria a las obligaciones internacionales derivadas del PSS. Segundo, es posible plantear una readaptación de este instituto jurídico sin volverlo inoperante a los fines que persigue. Desde esta perspectiva, se plantea, fundamentalmente, la introducción de dos elementos: un control de causalidad y medidas reparatorias.

En clave de reforma (de lege ferenda), la principal propuesta consiste en la introducción de un control atenuado de causalidad en el cese durante el periodo de prueba<sup>159</sup>. A diferencia del despido disciplinario, esta obligación no incorpora plenamente las garantías de protección en extensión (procedimiento y causalidad) ni profundidad (control formal y material del motivo). Se trata, así, solo de un deber de motivación respecto a la no superación del periodo de prueba. En otros términos, el empleador se encuentra obligado a expresar las razones (de conducta, capacidad, etc) que justifican la decisión empresarial. De esta manera, la tutela del trabajador se expresa a través de la incorporación de obligaciones formales y materiales que limitan la autonomía empresarial, pero que a su vez respetan la finalidad del instituto jurídico (Martín, 1976, p.273).

A partir de esta modificación se introducirían cambios importantes. Primero, los trabajadores en periodo de prueba serían incluidos en el ámbito subjetivo de la protección contra el despido. Además, como consecuencia de ello, las garantías de protección y medidas reparatorias resultan plenamente aplicables. Desde esta perspectiva, la habilitación para la terminación ad nutum queda proscrita. Así, se garantiza la tutela jurídica del ordenamiento, y el cumplimiento de las obligaciones del PSS. Por otro lado, la causalidad atenuada promueve el uso adecuado de este instituto al exigir una motivación acorde a los fines del periodo de prueba. Como se puede advertir, estos cambios resultan plenamente balanceados desde la perspectiva de las dos partes del contrato de trabajo.

Finalmente, conviene señalar que esta propuesta también evidencia un adecuado balance entre los derechos involucrados. La introducción de un control de causalidad atenuado persigue una doble finalidad con sustento constitucional. Por un lado, otorga protección contra el despido a los trabajadores durante este periodo de tiempo. Por otro lado, efectiviza el ejercicio del poder empresarial durante el periodo de prueba. Ambas finalidades presentan una vinculación fuerte con la medida en cuestión y evidencian contar con sustento constitucional. Satisface, por tanto, el subprincipio de idoneidad.

---

<sup>159</sup> Esta propuesta, al igual que en el caso del retiro de confianza, no es novedosa. Para la segunda mitad del siglo XX, Antonio Martín Valverde (1967, p.21) ya señalaba la necesidad de regular el periodo de prueba con un "mínimo de requisitos de fondo y forma que, sin afectar a la finalidad de la institución, sirvan de salvaguarda frente a la arbitrariedad patronal". En la doctrina nacional, Sanguinetti (1989) fue el primero en señalar la exigencia de motivación para el despido.

Por otro lado, la introducción de un modelo atenuado de despido causalizado, que implica que la no superación del periodo de prueba solo puede justificarse en la específica falta de aptitudes y condiciones para el puesto de trabajo (Martin, 1976) constituye la medida menos gravosa a la libertad de empresa. Conviene recordar que la introducción de controles mínimos al poder empresarial constituye una intervención leve, en contrapartida con el actual sistema de extinción libre que implica una afectación alta. Asimismo, no se identifica en la experiencia comparada opciones intermedias o que impliquen una menor gravosidad. Se trata, así, de una propuesta que mantiene el poder de extinción, pero vincula su fundamento en la satisfacción de la libertad de empresa y su contenido organizacional. En ese sentido, el subprincipio de necesidad también se satisface.

Se evidencia, por último, una ponderación adecuada expresada en la leve afectación del derecho al trabajo y la alta realización de la libertad de empresa. En primer lugar, ambos bienes no son afectados en su contenido esencial. La libertad de empresa, en su dimensión de organización del trabajo, no se ve alterada, pues solo requiere de una justificación atenuada para ejercerse plenamente. Del mismo modo, el principio de causalidad mantiene vigente su finalidad, pero su procedimentalización se flexibiliza. Por otro lado, la razón que justifica la medida guardan plena coherencia con el ejercicio armonioso de la libertad de empresa. Se trata, así, de una exigencia plenamente tolerable y por tanto, ajustada al parámetro constitucional y convencional.

En base a lo expuesto, la propuesta de adecuación del periodo de prueba se puede resumir en la siguiente tabla:

Propuestas para adecuar la no superación del periodo de prueba a los estándares de la protección contra el despido
Modelo atenuado de despido causalizado
<p>Implica validar la no superación del periodo de prueba como forma válida de despedir al trabajador, pero respetando controles materiales y formales.</p> <p>La propuesta introduce la obligación de causalización del despido por no superar el periodo de prueba consistente en la falta de idoneidad del trabajador para el puesto.</p>

Elaboración propia

Ahora bien, ¿cómo tutelar, desde el derecho positivo (lege data), a los trabajadores en periodo de prueba? Al inicio de esta sección se hizo referencia a dos opciones. La primera, apunta a utilizar el control difuso para cuestionar la exclusión absoluta de la protección contra el despido. La segunda, por otro lado, implica utilizar el sistema de la responsabilidad civil para obtener tutela resarcitoria argumentando el ejercicio desproporcionado del poder empresarial a través del abuso de derecho. A continuación, se expondrá cada una y cómo se operativizan.

Al igual que en los casos anteriores, para utilizar el control difuso se requiere, primero, identificar cuál es la norma a inaplicar. Luego, de acuerdo con el Código Procesal Constitucional, es necesario precisar que el empleo de ésta sea imprescindible para resolver el caso en cuestión. Con relación a este aspecto, la norma prevista en el artículo 10 de la LPCL resulta indispensable para otorgar tutela jurídica al trabajador, pues solo transcurrido el tiempo previsto se podrá solicitar medidas reparatorias. En ese sentido, solo por medio de la inaplicación de esta norma se podría aplicar el régimen general de protección contra el despido. Nótese que, en este caso, el objeto de cuestionamiento es si la exclusión total del ámbito subjetivo es constitucional para esta categoría.

Discutir la inconstitucionalidad de esta norma pasa por examinar, desde el test de proporcionalidad, si se trata de una intervención tolerable desde los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con relación al primer subprincipio, y de acuerdo a los fundamentos de este instituto jurídico, la medida consistente en el despido libre guarda relación con el ejercicio de la libertad de empresa en su dimensión de organización. No ocurre lo mismo, sin embargo, con el siguiente nivel de análisis, ya que la medida en cuestión no satisface el criterio de necesidad. Así, se puede identificar al menos una alternativa de menor gravosidad a la protección contra el despido. Como se ha expuesto en párrafos anteriores, la exigencia de una causa flexible de despido por no superar el periodo de prueba implica una menor afectación. En tal sentido, la exclusión contenida en el artículo 10 de la LPCL resulta desproporcionada y debe declararse inconstitucional<sup>160</sup>.

Con la expulsión de esta norma del ordenamiento jurídico corresponde ahora explicar cómo se operativiza la resolución de estos casos. Al respecto, no se identifican posiciones en la doctrina con relación a este tema. No obstante, resulta evidente que al tratarse de una exclusión absoluta del ámbito subjetivo, este se asemeja sustancialmente al despido ad nutum. En tal sentido, en virtud de la aplicación del régimen general de protección contra el despido, el trabajador podrá formular una pretensión de indemnización o reposición.

Interesa destacar -antes de desarrollar la segunda propuesta para cuestionar el periodo de prueba- las oportunidades que aporta el enfoque del control difuso. Al igual que en el caso de los trabajadores a tiempo parcial, esta opción puede impulsar la creación de una línea jurisprudencial sobre el control de causalidad. Desde esa perspectiva, se podría promover que las altas cortes nacionales desarrollen el estándar de protección contra el despido en el país. Así, ante de reformas normativas que adapten la legislación, los órganos jurisdiccionales pueden promover un cambio significativo en el balance de poder de las relaciones laborales.

Otra opción para cuestionar el despido por no superar el periodo de prueba consiste utilizar el sistema de responsabilidad civil para obtener tutela jurídica a través del abuso de derecho, institución de la teoría general. Esta alternativa, aunque no genera un impacto en la legislación en términos de reinterpretación del instituto jurídico, permite el acceso a

---

<sup>160</sup> A diferencia de los casos del retiro de confianza y los trabajadores a tiempo parcial, en la doctrina nacional no se encuentran posiciones que cuestionan la incidencia del periodo de prueba en la protección contra el despido salvo Sanguinetti (1989), Mas (2018) y Ojeda (2021).



medidas reparatorias. De ahí que no se pueda aceptar como una forma que facilita el cumplimiento de las obligaciones internacionales en esta materia.

Como en los casos anteriores, a través del abuso de derecho se busca plantear que el despido durante el periodo de prueba, en caso no sea justificado, excede el sustento normativo de la facultad empresarial de terminar el contrato. Se trata, así, de valer el principio de causalidad sobre este instituto jurídico y plantear que, ante la falta de fundamentación, debe tutelarse al trabajador. Desde esta perspectiva, al igual que en los dos supuestos previos, el trabajador deberá argumentar, (i) que existe una regla que permite el cese libre para esta categoría contenida en el artículo 10 de la LPCL; (ii) que a partir del ejercicio de esta facultad se ha generado un un daño -el cual no se encuentra prohibido por el ordenamiento; (iii) que este daño carece de justificación, sea porque resulta excesivo o porque no persigue un fin legítimo; y (iv) que esta acción debe quedar fuera del alcance de la norma por injustificado (Atienza y Manero, 2000, p.57).

Atendiendo a los elementos configuradores, el abuso de derecho resulta plenamente aplicable. Primero, se reconoce la existencia de una norma jurídica contenida en el artículo 10 de la LPCL que permite el despido libre. Segundo, con ocasión del ejercicio de esta facultad, los trabajadores en periodo de prueba son objeto de un daño ya que pierden su empleo. Tal perjuicio, aunque se encuentra prohibido en otras circunstancias, es permitido por el ordenamiento jurídico. Tercero, el daño producto del despido no persigue una finalidad legítima pues supone una grave lesión al derecho al trabajo. Finalmente, la ausencia de una justificación cualificada debe tener como consecuencia su exclusión del alcance normativo. Por tanto, ante estos supuestos de hecho, corresponde indemnizar.

A manera de resumen, el siguiente cuadro consolida las dos opciones desarrolladas a partir del ordenamiento jurídico vigente:

Propuestas para adecuar la no superación del periodo de prueba a los estándares de protección contra el despido desde el derecho positivo	
Control difuso	Abuso de derecho
<p>A través de esta propuesta se busca cuestionar la constitucionalidad de la exclusión absoluta de los trabajadores en periodo de prueba de la protección contra el despido.</p> <p>Desde esta perspectiva, una vez eliminada esta exclusión del ordenamiento, corresponde la aplicación del régimen general de protección contra el despido y su tramitación como incausado.</p>	<p>Supone impugnar la no superación del periodo de prueba como una forma de ejercicio abusivo de un derecho, ya que implica la generación de un daño carente de justificación.</p> <p>De esta manera, aunque no se cuestiona la validez de esta forma de despido, se busca reparar al trabajador despedido por medio de una indemnización.</p>

Elaboración propia



Las opciones propuestas, no obstante, no son las únicas. A nivel nacional, se puede identificar en la doctrina al menos tres planteamientos con relación a este tema. César Ojeda (2021), por ejemplo, plantea que la buena fe laboral fundamenta la exigencia de causalidad durante el periodo de prueba. Alexander Mas (2018), desde una interpretación literal de la LPCL, propone que estos casos se impugnen mediante los supuestos de nulidad. Finalmente, Jara (2017) invoca derechos fundamentales y principios del derecho del trabajo para afirmar la posibilidad de controlar la decisión empresarial<sup>161</sup>. Los siguientes párrafos abordan los problemas que presentan estas propuestas.

En primer lugar, la exigencia de causalidad por medio de la buena fe laboral que plantea Ojeda (2021, p.21) presenta ciertos cuestionamientos. No se explica por qué un principio, como la buena fe laboral, constituye un límite importante a una potestad con sustento constitucional. Además, como ya ha señalado anteriormente la doctrina, la expansión de la buena fe termina por burlar la ponderación de derechos fundamentales y termina por sobredimensionar un interés (Ugarte, 2011, p.160; Panizza, 2017, pp.29-30). Desde esta perspectiva, Ojeda omite elaborar una construcción teórica desde los derechos fundamentales recurriendo solo a un principio.

Por otro lado, la propuesta de Alexander Mas (2018), consistente en la impugnación de estos despidos a través de la nulidad prevista en el artículo 29 LPCL también resulta cuestionable. Como se ha señalado anteriormente, este enfoque no solo presenta problemas de efectividad en la protección del trabajador, sino que además la fundamentación del control jurídico de la decisión resulta imprecisa. No se explica, pues, por qué la norma permitiría un despido lesivo al derecho al trabajo, pero no a otros bienes constitucionales. Asimismo, el mecanismo que plantea el autor para compensar la dificultad probatoria (hipótesis general de mala fe)<sup>162</sup> resulta problemática desde la estructura de las presunciones judiciales<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> Constituye una práctica recurrente en la doctrina jurídica nacional alegar a una serie de principios del Derecho del Trabajo para justificar su posición, aun cuando no resultan pertinentes al caso. Jara (2017, p.215), por ejemplo, plantea que la inspección del trabajo puede revisar el despido en periodo de prueba a través del principio de primacía de la realidad. Resta señalar que planteamientos como estos, dada su falta de sustento jurídico, no serán abordados ni cuestionados.

<sup>162</sup> Mas (2018, p.110) propone aplicar una presunción jurídica que toda extinción durante el periodo de prueba siempre tiene un uso arbitrario. En palabras del autor “brindarle al transgresor una presunción a su favor (acentuando aún más el desequilibrio entre las partes), no hace más que alentar y afianzar las irregularidades”.

<sup>163</sup> Para establecer una presunción judicial se requiere de una máxima de la experiencia (regla, ley técnica o criterio) formulable en términos generales, similar a la estructura de una norma jurídica (Gama, 2019). Desde esta perspectiva, la propuesta “el despido por no superar el periodo de prueba siempre es en mala fe” no se sustenta ni ofrece fundamentos teóricos o empíricos. Inclusive, podría cuestionarse desde la presunción de validez del ejercicio del poder de dirección -sin el cual no sería posible operativizar la autoridad y control del empresario sobre todo el proceso productivo.

## Conclusiones

A partir de lo desarrollado en los dos capítulos de la tesis se puede presentar las siguientes conclusiones.

La estructura normativa de los sistemas de protección contra el despido en el Perú no ha seguido, necesariamente, la misma orientación que las normas constitucionales e instrumentos internacionales. Este desfase, aunque se explica de forma más apropiada desde las ciencias sociales<sup>164</sup>, no ha merecido una crítica frontal por parte de la doctrina. Así, aunque se observan importantes posiciones disidentes, existe una disputa sobre la interpretación del ordenamiento laboral conforme al parámetro del bloque de constitucionalidad.

Revisar la estructura de ambos sistemas permite constatar, primero, que los diseños están orientados a garantizar la eficacia de la protección contra el despido. Es así que disposiciones, en apariencia, sin un claro contenido sustantivo, son reformuladas a partir de técnicas de interpretación como el objeto y fin de los tratados o el principio pro persona. Por ello, ambos modelos presentan importantes similitudes –por ejemplo, en la universalidad-, pero a su vez incorporan diferentes fundamentaciones.

Salvo en el caso del principio de causalidad, cuya fundamentación resulta pacífica, la garantía de reserva de Ley formal y las medidas reparatorias presentan ciertas diferencias. En el primer caso, por ejemplo, el sistema interamericano halla su fundamentación en el contenido sustantivo de la democracia, mientras que en el diseño constitucional confluyen razones de carácter formal junto a una propia del Derecho del Trabajo, como el diálogo social.

Una situación similar se observa respecto a las medidas reparatorias. Ambos modelos permiten una configuración flexible en cuanto a la tutela del despido injustificado, pero discurren por diferentes senderos para otorgar un contenido material a la tutela. En el derecho interno, a partir de la dimensión cuantitativa y cualitativa de la adecuada protección, y en el internacional, a partir del principio de reparación integral del daño.

Por último, a pesar que históricamente existió una preocupación por el aseguramiento de ingresos ante una situación de desempleo, tanto el modelo constitucional como el convencional coinciden en no incorporar este aspecto como parte del macro diseño de este derecho. Al respecto, aunque se carece de una explicación pormenorizada, se observa una suerte de tránsito de la seguridad económica a la seguridad en el empleo. En otros términos, la tutela del ordenamiento viró en su objeto de protección jurídica. Este cambio, además, es

---

<sup>164</sup> Para una revisión de la tendencia latinoamericana al movimiento pendular entre la protección de los derechos de los trabajadores y la flexibilización se recomienda el trabajo de Maria Lorena Cook (2007). Asimismo, la explicación política sobre las transiciones democráticas se complementa con el análisis de Ruth Berins Collier y David Collier (2002) sobre la coyuntura crítica (*critical juncture*) y los legados históricos.

coherente con el ideal político económico del pleno empleo que se consolidó con el desarrollo del capitalismo.

A manera de resumen, puede observarse la estructura de ambos sistemas en el siguiente cuadro:

Comparación entre el modelo constitucional y del SIDH en materia de protección contra el despido		
	Constitucional	SIDH
Ámbito subjetivo	Universal	Universal
Garantías de protección	Reserva de Ley formal Principio de causalidad	Reserva de Ley formal Principio de causalidad
Medidas reparatorias	Adecuada protección frente al despido arbitrario (cualitativa y cuantitativa)	Libre determinación en despidos injustificados
Medidas de protección a los ingresos	No precisa	No precisa

Resulta importante, como puede observarse, que la discusión sobre la protección contra el despido incorpore una perspectiva sistémica. De modo tal que se pueda estudiar de mejor forma la función y articulación que cumplen las garantías formales y materiales que rodean el poder privado del empleador. Éstas, al ser parte de los sistemas internacionales, tienen que constituirse objeto de estudio obligado por la doctrina y jurisprudencia. Solo de esta manera se podrá avanzar en la consolidación del derecho al trabajo.

Se abren, así, nuevos y variados caminos a partir de la definición de las obligaciones estatales en materia de estabilidad laboral. Uno de estos, por ejemplo, es atender a los supuestos de despido libre que se encuentran positivizados o admitidos en el ordenamiento peruano y que tienen -a la fecha- una respuesta vacilante por parte del TC (Villavicencio 2013, p.33). Visto de esta manera, una de las principales zonas sísmicas del Derecho del Trabajo seguirá generando movimientos en el sistema jurídico nacional.

Pese a las diferencias identificadas entre los sistemas, no puede perderse de vista que la eficacia de cualquier derecho fundamental depende, en última instancia, de su densidad normativa (Sarlet, 2019, p.352). De manera que, para afirmar que en el ordenamiento peruano se garantiza plenamente el derecho al trabajo corresponderá evaluar cómo funcionan y se articulan sus medidas de protección (Ermida, 1987).

Los tres casos de exclusión del ámbito subjetivo de la protección contra el despido estudiados en la presente tesis son ejemplos manifiestos de las incompatibilidades con el parámetro constitucional y convencional que arrastra la LPCL. Aunque cada uno presenta particularidades e invita a reflexiones doctrinarias distintas, las opciones, tanto desde el derecho positivo (de lege data) como en clave de reforma (de lege ferenda) comparten trayectorias similares.

Así, en clave de reformas legislativas, se propone la introducción de tres pilares que constituyen un común denominador para los casos de estudio. Estos son, a saber: (i) controles materiales y formales de causalidad; (ii) mecanismos de impugnación; y (iii) medidas de protección. Ahora bien, cada uno de estos, dependiendo del caso concreto, puede ser más afín al estándar ordinario, o presentar atenuaciones en razón del balance de los derechos fundamentales involucrados. Por otro lado, desde el derecho positivo, los derroteros para cuestionar la exclusión del ámbito subjetivo pueden transitar, tanto por la aplicación del control difuso, como por el empleo de la doctrina del abuso de derecho. Estas alternativas, a pesar que coinciden en cuestionar la afectación a la protección contra el despido, toda vez que presentan una estructura distinta son autónomas<sup>165</sup>.

Los trabajadores a tiempo parcial, el primer caso de estudio, presenta una exclusión histórica del ámbito subjetivo de la protección contra el despido. Desde la primera ley laboral, en 1924, este grupo ha sido objetivo de una menor protección jurídica y económica. Sin embargo, no se reconocen fundamentos jurídicos o de política laboral que, en la actualidad, justifiquen la desprotección de esta categoría. Así, la sola diferencia de horas que labora un trabajador no puede tener como consecuencia la habilitación a un despido libre, carente de todo control y medida reparatoria. Por tanto, sea a través del control difuso o el abuso de derecho, los órganos jurisdiccionales deberían tutelar a esta categoría de dependientes.

A diferencia del primer caso, los trabajadores de dirección y confianza, si bien presentan una exclusión del ámbito subjetivo de la protección contra el despido, incorporan elementos diferenciadores. Se trata, pues, de una categoría que comparte diferentes dimensiones del poder empresarial y asume funciones de relevancia en el funcionamiento de la empresa. En ese sentido, se reconoce que existen fundamentos jurídicos para configurar un régimen normativo especial, el cual tiene incidencia sobre la protección contra el despido o su exclusión del concepto de trabajador. En ese sentido, la introducción de un control atenuado de causalidad, garantiza tanto la tutela del trabajador despedido, como la protección a la libertad de empresa. Por otro lado, el recurso al control difuso y al abuso de derecho permiten cuestionar el sistema de extinción libre creado a través de la jurisprudencia del TC y la Corte Suprema.

Como último caso de estudio, esta investigación aborda la protección contra el despido de los trabajadores en periodo de prueba. Similar al caso anterior, la fundamentación jurídica

---

<sup>165</sup> No obstante, desde una perspectiva procesal, estas podrían acumularse de forma subordinada. De esta manera, ante una eventual convalidación de la validez material de la norma, el órgano jurisdiccional procedería a discutir si la facultad empresarial se ejerció de forma regular o abusiva.

de este instituto permite justificar la atenuación del principio de causalidad del despido - más no las medidas reparatorias. Así, durante la etapa inicial del vínculo laboral, el empleador realiza una evaluación integral del trabajador, la cual abarca no solo su idoneidad para el puesto, sino también en la dinámica empresarial. De esta manera, una eventual reforma podría morigerar la causalidad del despido en base a la no superación del periodo de prueba a través de la exigencia de justificación. Desde el derecho positivo, al igual que en los casos anteriores, el control difuso y el abuso del derecho constituyen opciones jurídicas viables para cuestionar la exclusión del ámbito subjetivo de la protección contra el despido.

En base a lo expuesto, esta tesis ofrece un nuevo enfoque para comprender la protección contra el despido y cómo se estructura el ordenamiento jurídico para tutelar a los trabajadores. De esta manera, se abren líneas de investigación importantes y nuevas propuestas con incidencia práctica. Así, la interpretación conforme al estándar constitucional y convencional (bloque de constitucionalidad) proporciona una alternativa para renovar las normas en esta materia. Esta opción, además, resulta clave en el contexto peruano en donde las principales normas laborales se promulgaron en contextos poco democráticos. La desidia del legislador puede ser disputada por los trabajadores<sup>166</sup>.



---

<sup>166</sup> Desde esta perspectiva, esta tesis presenta una serie de alternativas de movilización legal (*legal mobilization*) para impulsar cambios normativos y promover mejores estándares de tutela a los trabajadores. Sobre el uso y estudio de este concepto y su relación con el movimiento sindical puede revisarse el trabajo de Gutiérrez (2020) sobre la experiencia chilena.



Artículos y libros:

Abad, Héctor (2020). *Traiciones de la memoria*. Colombia: Alfaguara

Alburquerque, Rafael. (1988). Despido, Retiro y Justa Causa. *Themis*, 11, 20-29.

Almansa, Juan. (1968). *El despido nulo*. Madrid: Tecnos.

Alonso, Manuel. (1957). *El despido: (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Alonso, Manuel. (1967). Derecho del trabajo. Un ensayo bibliográfico. *Revista de Política Social*, 76, pp.31-59.

Arango, Rodolfo. (2006). La prohibición de retroceso en Colombia. Courtis, Christian. (comp.). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del puerto. pp. 153-172

Arce, Elmer. (2015). *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. Lima: Ubi Lex.

Arce, Elmer. (2021). ***Derecho del trabajo individual: Desafíos y deficiencias*** (Segunda edición). Lima: Palestra.

Ariano, Eugenia. (2014). Reflexiones sobre la prescripción y la caducidad a los treinta años de vigencia del Código Civil. *Themis*, (66), 329-336.

Asquerino, Maria. (2015). *El periodo de prueba en los contratos de trabajo*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Universidad de Sevilla.

Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. (2000). *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta.

Barak, Aharon. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra.

Barbagelata, Héctor Hugo. (2009). *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Barretto, Hugo. (2011). Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento. AA.VV. *XXII Jornadas uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Oscar Ermida Uriarte*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. pp. 105-118.

Baylos, Antonio. y Pérez, Joaquín. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta.

Blancas, Carlos. (1995). El despido en la reforma de la ley de Fomento del Empleo. *Derecho PUCP*, 49, 187-209.

Blancas, Carlos. (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Blancas, Carlos. (2013). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo* (Segunda ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Blancas, Carlos. (2022). *El despido en el derecho laboral peruano* (Cuarta ed.). Lima: Palestra editores.

Blasco, C. (2018). *El derecho del trabajador al puesto de trabajo y la estabilidad en el empleo. Estudio de los derechos de reserva, preferencia, permanencia, reincorporación, reingreso y cambio de puesto*. Murcia: Ediciones Laborum

Beltrán de Heredia, Ignasi. (2008). *La estabilidad del empleo: la prevención frente a la contingencia del paro. Un análisis desde las perspectivas de la dogmática jurídica y del análisis económico del derecho*. Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho. España: Universitat Ramon Llull - ESADE.

Bidón y Vigil, Juan. (2001). *El despido disciplinario y sus causas. Análisis de la jurisprudencia*. España: Comares.

Brain, D. (2016). *La reparación tarifada e integral ante el despido arbitrario. Influencia y aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Rubinzal Editores.

Braverman, Harry. (1974). *Labor and Monopoly Capital: The Degradation of Work in the Twentieth Century*. Estados Unidos: Monthly Review Press

Bregaglio, R. (2010). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados*. Tesis para optar por el grado de Magíster en Derechos Humanos. Lima: PUCP.

Bronstein, Arturo. (2010). *Derecho internacional y comparado del Trabajo. Desafíos actuales*. Madrid: Plaza y Valdés Editores.

Burawoy, Michael. (1983). Between the labor process and the state: The changing face of factory regimes under advanced capitalism. *American Sociological Review*, 48(5), 587-605.

Bustamante, Reynaldo. (2000). Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales a propósito de una jurisprudencia del tribunal constitucional. *Ius et veritas*, 21, p.301-310.

Cabanellas, Guillermo. (1963). *Contrato de trabajo. Parte general. Volumen I*. Buenos Aires: **Bibliográfica Omeba**.

Cajaleón, Eddie. (2022). *La convencionalización del derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo*. Lima: Palestra.

Caldera, Rafael. (1960). *Derecho del trabajo. Tomo I*. (2da edición). Argentina: El Ateneo.

**Calderón, J. (2018). “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo”. Ferrer Mac-Gregor, E., Morales, M. y Flores, R. *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.**

Cámara, A. (1996). La forma del despido y el despido improcedente por defecto de forma. AA.VV. *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. pp.35-52

Cámara, A. (1997). El carácter culpable del incumplimiento del trabajador en el despido disciplinario. Gárate, J. (coord.) *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. Galicia: Universidad de Santiago de Compostela. pp.34-40

Canessa, Miguel. (2009). La protección contra el despido en el derecho internacional. AA.VV. *Temas centrales del Derecho del Trabajo del siglo XXI*. p. 293-309.

Canessa, Miguel. (2018). La protección interamericana de la libertad sindical y de la estabilidad laboral: El caso Lagos del Campo v/s Perú. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 8(16), pp. 143-149.

Cano, Yolanda. (2000). *El despido libre y sus límites en el derecho norteamericano*. Madrid: **Consejo Económico y Social**.

Castillo, Luis. (2017). *Derecho al trabajo y proceso de amparo*. Lima, Palestra.

Chipoco, Carlos. (1981). *La constitucionalización del derecho del trabajo en el Perú*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho. Lima: PUCP

Clérico, Laura. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: EUdeBA

Collier, Ruth y Collier, David. (2002). *Shaping the political arena. Critical junctures, the labor movement and regime dynamics in Latin America*. Indiana: University of Notre Dame Press

Collins, Hugh. (1992). *Justice in dismissal. The Law of termination of employment*. Oxford: Oxford University Press.

Cook, Maria. (2007). *Politics of Labor Reform in Latin America: Between Flexibility and Rights*. Pennsylvania: Penn State University Press.

Courtis, Christian. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. Courtis, Christian. (comp.). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del puerto. pp.3-52

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Derechos laborales y sindicales. Estándares interamericanos*. Washington: OEA.

Cortés, Juan. y Pizarro, Mónica. (2002). El derecho a no ser despedido sin causa y el derecho a no ser despedido sin causa justa. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso de amparo iniciado por las organizaciones sindicales de Telefónica del Perú S.A. *Diálogo con la jurisprudencia*, 49, pp. 89-93.

Cruz, L. (2010). El derecho de reparación a las víctimas en el Derecho Internacional. Un estudio comparativo entre el Derecho Internacional de Responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos. *UNED, Revista de Derecho Político*, 77(1), pp.185-209.

Cuellar, Rodrigo. (2023). *A quince años del precedente vinculante establecido en la Casación 2120-2004 Lima. Un estudio actualizado sobre la estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y la puesta a disposición del cargo*. Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Licenciado en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú

de la Villa, Luis. (1997). Naturaleza jurídica de las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo del personal de alta dirección. Gárate, J. *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. Galicia: Universidad de Santiago de Compostela. pp. 227-237.

De Buen, Nestor. (1976). *Derecho del Trabajo*. (Tomo II). México: Editorial Porrúa.

De Ferrari, Francisco. (1969). *Derecho del Trabajo. De las relaciones individuales del trabajo (Volumen II) (2da Ed)* Buenos Aires: Ediciones Depalma.

De la Cueva, Mario. (1961). *Derecho Mexicano del Trabajo* (Tomo I). México: Editorial Porrúa.

Deveali, Mario. (1971). *Tratado de Derecho del Trabajo* (Tomo I) (2da edición). Buenos Aires: La Ley.

Díaz, Kenny. (2019). *La historia del empleo público peruano*. Lima: Normas Jurídicas.

Elías, Fernando. (2002). Algunas consideraciones sobre el pronunciamiento por el Tribunal Constitucional en el caso Telefónica. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 49, pp. 49-59.

Elias, Norbert. (2016). *El proceso de civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. México: Fundación de Cultura Económica.

Ermida, Óscar. (1983). *La estabilidad del trabajador en la empresa. ¿Protección real o ficticia?* Montevideo: Acali Editorial.

Ermida, Óscar. (1987). *La protección contra los actos antisindicales*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Ermida, Óscar. (2000). La flexibilidad. Villavicencio, Alfredo. (coord.). *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT.

Ermida, Óscar. (2005). Diálogo Social: teoría y práctica. *Derecho & Sociedad*, 24, pp. 261-270.

Ermida, Óscar. (2007). Derechos humanos laborales en el Derecho uruguayo. *Laborem*, 7, pp. 14-31.

Fernández, María. (1991). *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Civitas.

**Fernández, Raúl. (2017). “Los principios de proporcionalidad, non bis in ídem e inmediatez como límites del despido disciplinario”. AA.VV. Estabilidad en el empleo. Estudios en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz.** Chile: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. pp.

Ferrajoli, Luigi. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E. y Pelayo, C. (2012). La obligación de "respetar" y "garantizar" los Derechos Humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1 del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios constitucionales*, 10(2), 141-192.

Gama, Raymundo. (2019). *Las presunciones en el Derecho. Entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*. Valencia: Tirant lo blanch.



Gamonal, Sergio. (2012). Evolución del daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho chileno. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 39, pp.161-176.

Gamonal, Sergio. (2000). *El daño moral en el contrato de trabajo*. Santiago de Chile: EDITREM.

García-Perrote, I. (1997). El despido en la jurisprudencia constitucional. Gárate, J. *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. Galicia: Universidad de Santiago de Compostela. pp.133-152.

Gil y Gil, J. (1993). *La prescripción de las faltas laborales*. España: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

**Goerlich, J. (2005). "Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo".** Pérez de los Cobos, F. (dir.). *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos. pp.221-278.

Godino, M. (2009). Caducidad del despido. Gil, J. y del Valle, J. *El despido disciplinario. Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*. Madrid: Ediciones Cinca. p.307-325.

Goldín, Adrián. (2017). *Configuración teórica del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Editorial Heliasta

Gómez, Francisco. (2009). *La causalidad del despido disciplinario*. Madrid: Civitas.

González, Orlando. (1986). *Estabilidad en el empleo. Análisis y perspectivas de la Ley 24514*. Chimbote: Instituto de Promoción y Educación Popular.

Gorelli, Juan. (1995). *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*. Madrid: Editorial Civitas.

Gorelli, Juan. (2010). *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Guerrero, E. (2013). Estabilidad en el empleo y reforma laboral: la debilitación de un principio. *Revista de Derecho Social*, 61, pp. 95-106.

Gutiérrez, Francisca. (2020). Contesting the neoliberal order through legal mobilisation: The case of Chilean unions. *Journal of Latin American Studies*, 52(3), 575-599.

Gutiérrez, M. (2015). El fomento de empleo en España a través del contrato de apoyo a emprendedores: su origen, su reforma y su examen por la OIT. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 21(2), p.61-83

Heller, Agnes. (1996). *Una revisión de la teoría de las necesidades*. Barcelona: Paidós.

Hernández, Óscar. (1997). La terminación de la relación de trabajo. Clasificación y efectos. En De Buen, N. y Morgado, E (coords). *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 535-568). UNAM y AIADTSS.

Howe, Johanna. (2018). *Rethinking job security. A comparative analysis of unfair dismissal law in the UK, Australia and the USA*. Nueva York: Routledge.

Hyman, Louis. (2018). *Temp. How American work, American business, and the American dream became temporary*. New York: Viking

Jara, José. (2017). *El periodo de prueba laboral en el Perú*. Lima: Lex & Iuris.

**Jiménez, Alicia. (2007). “El daño moral como consecuencia del despido discriminatorio”. *Laborem*, 7, pp.155-185.**

Kahn-Freund, Otto. (1987). *Trabajo y Derecho*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Lengua, Adrian. (2018). *La trans-formación del derecho: la protección del derecho a la identidad de las personas trans desde el derecho internacional de los derechos humanos*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Luján, J. (1997). Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido. Gárate, J. *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. Galicia: Universidad de Santiago de Compostela. pp. 22-32

Mangarelli, Cristina. (2014). *Aplicación supletoria del Derecho Civil en el Derecho del Trabajo*. Montevideo: FCU

Marcenaro, Ricardo. (1995). *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima: Cultural Cuzco.

Mariátegui, José Carlos. (1973). *Ideología y política*. Lima: Amauta

Martín, Antonio. (1976). *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. España: Montecorvo.

Martín, A. (1997). El efecto extintivo del acto de despido disciplinario. Gárate, J. *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. Galicia: Universidad de Santiago de Compostela. pp.17-22

**Martínez, J. (1992). “El despido en los Estados Unidos e Inglaterra”. Carmona, F. (coord).** *Estudios sobre el despido disciplinario*. España: ACARL. pp.9-34.

Martínez, J. y Arufe, A. (2010). *La desregulación de la protección contra el despido en las pequeñas empresas. Un estudio de derecho comparado de los ordenamientos alemán y norteamericano*. La Coruña: Gesbiblio

Martorell, Ernesto. (1985). *Indemnización por daño moral en el despido*. Buenos Aires: Hammurabi.

Mellá, Lourdes. (1999). *La formalización del despido disciplinario*. España: Comares.

Miñambres, César. (1997). El despido disciplinario verbal y el convenio número 158 de la OIT. Gárate, J. *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*. Galicia: Universidad de Santiago de Compostela. pp.

Miñambres, César. (2001). *La estabilidad de funcionarios y trabajadores: ¿una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?* Barcelona: CES

Molero, Carlos. (1975). *La supletoriedad del derecho común en el derecho del trabajo*. España: Instituto de Estudios Políticos.

Molina, R. (2007). *Extinción de las relaciones laborales especiales*. Madrid: Civitas.

Montoya, A. (1969). Las causas de despido en las reglamentaciones y reglamentos de régimen interior. Bayón, G. (coord.) *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*. Madrid: Universidad de Madrid. pp.217-233.

Napoli, Rodolfo. (1971). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Segunda Edición). Buenos Aires: La Ley.

Neves, Javier. (1991). Gobierno de Fujimori: la tensa relación entre la economía liberal y los derechos laborales. *Themis*, (19), 51-54.

Neves, Javier. (2001). Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo. *Derecho & Sociedad*, (17), 24-26.

Neves, Javier. (2002). Sentencia del Tribunal Constitucional: Caso Telefónica. *Asesoría Laboral*, (10), pp.11-15.

Neves, Javier. (2005). Derecho internacional del trabajo. *Ius et Veritas*, 15(31), 187-202.

Neves, Javier. (2008). La terminación de la relación laboral de los profesores universitarios por límite de edad. Quiñones, Sergio y Villavicencio, Alfredo (coords). *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: Facultad de Derecho PUCP. pp. 237-244.

Neves, Javier. (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral. *Themis*, 67, pp. 227-232.

Neves, Javier. (2018). *Introducción al Derecho del Trabajo* (Cuarta edición). Lima: Fondo Editorial PUCP.

OIT. (1962). *Terminación de la relación de trabajo* (despido y cese). Ginebra: OIT.

OIT. (1995). *Protección contra el despido injustificado*. Ginebra: OIT.

Ojeda, Antonio. (1972). La asimilación por el ordenamiento laboral de la caducidad de derechos. *Revista de Política Social*, 95, pp. 55-78.

Ojeda, Antonio. (1973). *Los trabajadores temporales. Problemas Jurídicos de Eventuales, Internos y Temporeros en Derecho Español*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

Ojeda, Antonio. (1980). El final de un principio: la estabilidad laboral. AA.VV. *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*. España: Tecnos. pp. 467-486.

Ojeda, Antonio. y Gorelli, Juan. (2006). *Los contratos de trabajo temporales*. Madrid: Iustel.

Ortega, P. (2018). *Las consecuencias jurídicas del despido: procedencia, improcedencia y nulidad*. Murcia: Ediciones Laborum.

Otálora, G. (2013). El deber de deliberación mínima en el procedimiento legislativo. *Pensamiento Jurídico*, (38), pp. 65-108.

Otero, M. (2006). *Dignidad y solidaridad. Dos derechos fundamentales*. México D.F.: Porrúa-Universidad Panamericana.

Paredes, Paul. (2010). La nueva Ley Procesal del Trabajo y la acción de amparo en materia laboral. En: AA.VV. *Doctrina y análisis sobre la nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: AMAG. pp. 117-170.

Parker, David. (1998). *The Idea of the Middle Class. White-Collar Workers and Peruvian Society, 1900–1950*. State College: Pennsylvania State University Press

**Parra, O. (2018).** “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la **promesa del caso Lagos del Campo**”. Ferrer Mac-Gregor, E., Morales, M. y Flores, R. *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Pasco, Mario. (1987). Extinción de la relación laboral en el Perú. En Pasco, M. (coord). *La extinción de la relación laboral. Perspectiva iberoamericana* (pp. 239-279). AELE Editorial.

Pasco, Mario. (1985). La falta grave laboral. *Derecho PUCP*, 39, pp.269-311.

**Pérez, J. (2004).** *Estabilidad en el empleo*. Madrid: Trotta.

Pérez, J. (2013). *El despido disciplinario*. Albacete: Bomarzo

Plá, Américo. (1978). *Curso de Derecho Laboral* (Vol. I, T. II). Montevideo: Acali Editorial.

Poquet, Raquel. (2011). *La actual configuración del poder disciplinario empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch

Puntriano, César. (2016). Crítica al pago de una indemnización por daño moral como consecuencia de un despido arbitrario. *Soluciones Laborales*, 104, pp.15-23.

**Quiñones, Sergio. (2007).** *La libertad de trabajo: Vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú*. Lima: Editorial Palestra.

Ramos, Carlos. (2015). *Ley y justicia en el Oncenio de Leguía*. Lima. Fondo Editorial PUCP.

Risso, M. (2011). *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Rodríguez Gamero, Marco. (2011). Efectos de la Flexibilización Laboral a 20 Años de Vigencia: La Casi Eliminación del Mejor Instrumento de Inclusión Social que ha Inventado el Capitalismo. Entrevista al Dr. Alfredo Villavicencio Ríos. *Derecho & Sociedad*, 37, pp. 95-100.

Rojas, J. (2015). La rebeldía del legislador. AA.VV. *Anuario de investigación del CICAJ*. Lima: PUCP. pp.145-177.

Rubio, Marcial. (2017). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.



Sacco, Rodolfo. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1–34.

Sagardoy, I. La forma del despido disciplinario. Gil, J. y del Valle, J. *El despido disciplinario. Homenaje al profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*. Madrid: Ediciones Cinca. pp.205-224.

Salvador, Vito. (2022). El ámbito subjetivo de la protección contra el despido en el Anteproyecto de Código de Trabajo.

Sánchez, Christian y Quiñones, Sergio. (2009). La igualdad ante la ley y regímenes laborales especiales. AA.VV. *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: libro homenaje a Javier Neves Mujica*. pp. 291-307.

Sánchez-Urán, Y. (1996). Desistimiento del empresario en el contrato del alto directivo: fundamentación y límites. AA.VV. *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. pp. 307-324

Sanguinetti, Wilfredo. (1989). El derecho de estabilidad en el trabajo en la constitución peruana de 1979. En Neves, J. (coord). *Trabajo y Constitución* (pp. 83-142). Cultural Cuzco.

Sanguinetti, Wilfredo. (1992). La Contratación Temporal en la Ley de Fomento del Empleo. *Themis*, 23, 13-18.

Sanguinetti, Wilfredo. (2008). *Los contratos de trabajo de duración determinada* (Segunda ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

**Sanguinetti, Wilfredo. (2008a). “La Reconstrucción Jurisprudencial del Derecho del Trabajo en la Experiencia del Tribunal Constitucional Peruano”. *Derecho & Sociedad*, 30, pp.75-83.**

Santoro-Pasarelli, Francesco. (1963). *Nociones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Sarlet, Ingo. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales. Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Lima: Palestra.

Sosa, Juan. (2013). *La satisfacción de las necesidades básicas como mejor fundamento para los derechos humanos y su relación con los derechos fundamentales y constitucionales en el ordenamiento constitucional peruano*. Tesis para optar por el grado de Magíster en Derecho Constitucional. Lima: PUCP.

Stephens, Evelyne. (1980). *The politics of workers' participation*. Londres: Academic Press.

**Tejada, J. (2016). “Debido proceso y procedimiento disciplinario laboral”.** *Revista Opinión Jurídica*, 15(30), pp.227-248.

Terradillos, E. (2004). *El poder disciplinario empresarial. Principios y garantías*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Torollo, F. (1996). Extinción del contrato en periodo de prueba. AA.VV. *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. pp. 325-352.

Torres, Natalia. (2013). El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernos de Trabajo del CICAJ*, N° 6.

Torres, Natalia. (2015). Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina. *Derecho PUCP*, (75), 95-117.

Tortuero, J. (1996). Prescripción y caducidad de las faltas laborales del trabajador. AA.VV. *Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. pp. 375-394

Tostes, Marta. y Villavicencio, Alfredo. (2012). Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú. *Derecho PUCP*, (68), 355-382.

Toyama, Jorge. (2002). La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica. *Diálogo con la jurisprudencia*, 49, pp.61-78.

Toyama, Jorge. (2009). *Derechos laborales ante empleadores ideológicos. Derechos fundamentales e ideario empresarial*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Toyama, Jorge y Higa, Alfonso. (2016). Las demandas de pago de indemnización por daños y perjuicios derivados de un despido. *Soluciones Laborales*, 68, pp. 13-22.

Ulloa, Daniel. (2011). El despido libre de los trabajadores de confianza : a propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional. *Ius Et Veritas*, 21(43), 196-206.

Valdeolivas, Yolanda. (1994). *Las conductas lesivas de la Libertad Sindical*. Barcelona: CES.

Villavicencio, Alfredo. (2008). Prólogo. Arce, E. *La contratación temporal en el Perú*. Lima: Grijley.

Villavicencio, Alfredo. (2009). Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como normas de rango constitucional. En *Temas Centrales del Derecho del Trabajo en el Siglo XXI*. Lima: Ara Editores, pp.59-89.

Villavicencio, Alfredo. (2010). *La Libertad Sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: OIT, PLADES y PUCP.

Villavicencio, Alfredo. (2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *Derecho PUCP*, 71, 309-339.

Villavicencio, Alfredo. (2014). Constitución, configuración y registro de sindicatos en América Latina: El reino espurio de la ley. *THEMIS*, 65, 117-122.

Villavicencio, Alfredo. (2015). La negociación colectiva en el Perú: la hiper descentralización y sus múltiples inconvenientes. *Derecho PUCP*, 75, 333-353.

Villavicencio, Alfredo. (2016). La «desvinculación asistida» y el derecho al trabajo. El choque entre la lex mercatoria y el Estado Constitucional de Derecho. *Trabajo y Derecho*, 19-20, pp. 14-30.

von Bogdandy, A. (2013). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, 34, pp. 3-50.

Pronunciamientos de órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1989). *Godínez Cruz vs. Honduras* (reparaciones).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998). *Garrido y Baigorria vs. Argentina*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *De la Cruz Flores vs. Perú*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Barbani y otros vs. Uruguay*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Lagos del Campo vs. Perú*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1986). Opinión Consultiva OC-6/86. La expresión “**Leyes**” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tribunal Constitucional español. (2000). *María Teresa Prieto Prieto vs. Hospital de Jove*.

Tribunal Constitucional peruano. (2002). *Fetratel y SUTTP vs. Telefónica*.

Tribunal Constitucional peruano. (2003). Eusebio Llanos vs. Telefónica.

Tribunal Constitucional peruano. (2014). Rosalía Huatuco vs. Poder Judicial

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1979). Sunday Times vs. Reino Unido.

