Derecho al Trabajo y Despido Arbitrario Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional

Pedro G. Morales Corrales Profesor de la Universidad de Lima

I. INTRODUCCION

El Tribunal Constitucional mediante sentencia de 11 de julio de 2002, aclarada el 16 de setiembre del mismo año, en la acción de amparo promovida por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A., y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) inició un cambio sustancial en la interpretación del artículo 27 de la Constitución respecto a lo que debe entenderse por "adecuada protección contra el despido arbitrario".

Dicho cambio ha quedado consolidado en la nueva doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional en la acción de amparo seguida por don Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A., Expediente Nº 976-2001-AA/TC, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de mayo de 2003, la cual es motivo del presente artículo.

El artículo 9 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo Nº 23506, establece que las resoluciones recaídas en estas acciones constitucionales "... sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se pueden desprender principlos de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos, apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución".

titucional N° 26435 determina con toda claridad, que los jueces se encuentran obligados a resolver conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los procesos en que interviene.

Teniendo en cuenta las disposiciones anteriores, que resultan mandatorias para los jueces, lo que significa que en el futuro tendrían que resolver conforme a los criterios generales que se desprenden de la resolución de 13 de marzo de 2003, es que debemos analizarla a fin de establecer sus alcances y consecuencias.

II. EL DERECHO AL TRABAJO

El artículo 22 de la Constitución vigente establece que "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

El artículo 42 de la Constitución de 1979 en la que se inspira la norma vigente, establecía lo siguiente: "....El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil, y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones ...".

De acuerdo con Víctor García Toma, las normas constitucionales pueden ser declarativas, operativas o autoaplicativas, o normas programáticas o de principio 181. Las primeras "son aquellas que resumen su contenido en la manifestación de una mera proclama A pesar de carecer de contenido jurídico, sirven como pautas interpretativas". Las normas operativas o autoaplicativas las conceptúa el indicado autor como aquellas "... que funcionan per se; se bastan a sí mismas. Se trata de preceptos autosuficientes y directamente aplicables; por ende, no requieren ni exigen la dación de normas reglamentarias para alcanzar eficacia.". En cuanto a las normas programáticas o de principio, García Toma manifiesta que "... se encuentran atadas, para alcanzar plena eficacia, a la existencia futura de determinados niveles de desarrollo socio económico, así como a la dación de la una legislación reglamentaria. Es el caso de muchos derechos de carácter social (vivienda, seguridad social, etc.). Son, per se, imperfectas o incompletas.".

Ricardo Marcenaro Frers ¹⁸², al analizar este artículo constitucional manifiesta que "Lo primero a distinguir cuando hablamos del trabajo como un derecho, es

¹⁸¹ GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, Lima, Perú, 1999. p. 249.

¹⁸² MARCENARO FRERS, Ricardo. El Trabajo en la Nueva Constitución. Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, Perú, 1995, pp. 45 y 47.

diferenciar entre dos niveles, fases o estadíos de éste; el derecho al trabajo, como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada, y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular".

Marcenaro se pregunta "¿El derecho al trabajo es un derecho programático, o principio de política social?. Siguiendo los conceptos desarrollados podríamos indicar que el derecho al trabajo no está sujeto a la dación del desarrollo legislativo. El derecho al trabajo no depende de simples normas, por lo que no es un derecho programático.". Marcenaro concluye manifestando que "El derecho al trabajo no es uno de aplicación inmediata ni programático, por cuanto en ambos casos sería exigible a un sujeto en particular, y dentro de una economía social de mercado, eso es imposible. El derecho al trabajo no es un derecho exigible al Estado ni a los empresarios.". En consecuencia, para Marcenaro el derecho al trabajo, en cuanto al derecho de acceder a uno en concreto, constituye una norma de principio.

Javier Neves Mujica¹⁸³, sobre este mismo tema manifiesta que "... en lo que respecta al acceso al empleo, nos hallamos ante un derecho de preceptividad diferida (programática), cuando se refiere a un puesto genérico, y frente a un derecho de preceptividad inmediata (autoaplicativa) cuando recae sobre un puesto específico" (los paréntesis son nuestros). Menciona, como ejemplo de este último supuesto, el caso de un trabajador que postula a un concurso público o interno y resulta seleccionado. En tal caso, manifiesta, el trabajador tiene el derecho específico a ocupar el puesto objeto de la convocatoria. Concluye manifestando que sólo en este caso el trabajador tendría derecho a una acción de amparo basado en su derecho al trabajo, si es que por alguna razón se lesione dicha norma constitucional en su aspecto de preceptividad inmediata originando que no se concrete la prestación de servicios, a pese de haber sido seleccionado en el concurso respectivo.

En cuanto al otro aspecto del derecho al trabajo, es decir, cuando la persona accedió a un puesto y lo viene desarrollando, igualmente la doctrina sostiene que tal trabajador tiene el derecho a "conservar el trabajo" 184 185.

Javier Neves sostiene que el derecho a la conservación del empleo supone la prohibición del despido arbitrario. En esta línea de pensamiento, Neves considera que "la conservación del empleo que supone el derecho al trabajo goza de preceptividad in-

¹⁸³ NEVES MUJICA, Javier. Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo. en Revista Derecho y Sociedad Nº 17, Lima, Diciembre de 2001, p. 25.

¹⁸⁴ MARCENARO FRERS, Ricardo. op. cit. p. 47.

¹⁸⁵ NEVES MUJICA, Javier. op. cit. p. 25.

mediata. De este modo, cualquier extinción del vínculo laboral que lesione tal derecho podría ser contrarrestada con una acción de amparo, . Así ocurriría en el caso de un despido arbitrario, aunque no vulnerara otros derechos constitucionales ...". Sin embargo reconoce que la existencia del artículo 27 de la Constitución que delega a la ley se concrete la protección contra el despido arbitrario, le origina determinadas incertidumbres 186.

Consideramos que en el mundo actual, encontrándose tan íntimamente vinculado el tema económico con lo laboral y, que el derecho al acceso al trabajo depende fundamentalmente de las políticas que adopten los gobiernos para promover las condiciones económico sociales que aseguren la oportunidad de una ocupación útil, tal como lo proclamaba expresamente el artículo 42 de la Constitución de 1979, criterio plenamente vigente, el segundo aspecto del derecho al trabajo vinculado a la conservación del mismo, una vez obtenido, igualmente se encuentra influenciado por la realidad económica, y más que nunca por la del mercado.

La mundialización o globalización que experimenta el mundo, especialmente en los campos del comercio y la tecnología, que promueve una competencia realmente extrema, descuidando los aspectos sociales, hace que las empresas tengan que ser altamente productivas y estar en la posibilidad de adaptarse rápidamente a los cambios que ocurran para poder sobrevivir, mantenerse en el mercado y con ello conservar los puestos de trabajo que sean estrictamente necesarios al cambio que deba introducir a su sistema productivo.

Si se entiende que el derecho al trabajo en su segundo contenido se refiere al derecho a conservar el empleo ya logrado y que por ende el despido arbitrario o ad nutum no resulta aceptable, se podría concluir en que la legislación tendría que adaptarse a las nuevas épocas y ampliar el listado de las causas que se consideren justificadas para poder extinguir válidamente el contrato de trabajo, porque bastaría que en dicho listado no conste tipificado un motivo que justifique un despido para que, de ocurrir, y aun cuando en los hechos sea válido, sea considerado jurídicamente injustificado o arbitrario, y por ende inaceptable para el ordenamiento jurídico¹⁸⁷.

El artículo 130 de la Constitución de 1979 establecía que "Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción, cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado, de acuerdo con la ley". Este precepto continúa siendo absolutamente válido para analizar el tema en cues-

¹⁸⁶ NEVES MUJICA, Javier. op. cit. p. 26.

¹⁸⁷ Nótese que el despido justificado no genera el pago de ninguna indemnización por o cual la ampliación del listado de causas justas de despido de despido despido despido despido de despido despido de despido despido despido despido despido despido despido de despido despido despido de despido despido despido de despido de

tión, más aún en la actual coyuntura de competencia empresarial sin límites para acceder y mantenerse en el mercado.

Si como hemos manifestado, corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que permitan la generación de puestos de trabajo, y, si a su vez se exige a las empresas eficiencia y contribución a través de sus impuestos al bien común, la conservación de los puestos de trabajo en la realidad actual no puede mirarse con la misma perspectiva que se tenía hace veinte o treinta años.

Mientras que los países, a través de tratados internacionales no se pongan de acuerdo sobre estándares mínimos de carácter social, entre ellos el alcance de la protección contra el despido injustificado o arbitrario, o la reparación que pueda tener éste; o a través de la ratificación de los tratados internacionales sobre la materia, como es el caso del Convenio N° 158 de la OIT, o el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; resultará irreal exigir al empleador que mantenga puestos de trabajo, cuando éstos no resulten útiles a la eficiencia de la empresa, porque por encima de la indiscutible necesidad que tiene todo ser humano de manera individual y concreta de contar con un puesto de trabajo, se encuentra el de la subsistencia de la propia empresa como fuente de trabajo para aquellos trabajadores que aún puedan permanecer después del cambio o adaptación de la empresa a una nueva realidad.

Es por ello que, la "estabilidad laboral" no depende de la empresa sino fundamentalmente de las políticas de gobierno, de los acuerdos internacionales y de la capacitación del trabajador en actividades multifuncionales que le permitan acceder más rápidamente a un nuevo puesto de trabajo o adecuarse a las nuevas exigencias que tenga que satisfacer la empresa en que presta servicios.

III. LA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

La estabilidad laboral constituye más que un escudo protector, el escudo "reparador" del principio de continuidad de la relación laboral que, según lo expresa Américo Plá Rodríguez ¹⁸⁸ ".... sólo se debe disolver válidamente cuando exista algún motivo justificado."

Según la definición del Diccionario de la Lengua Española, "estabilidad" significa "permanencia, duración en el tiempo; firmeza, seguridad en el espacio".

Para Rodolfo Capón Filas y Eduardo Giorlandini¹⁸⁹, "estabilidad" constituye la "seguridad jurídica brindada al trabajador de continuar su carrera profesional en la empresa, mientras dure su aptitud y no exprese su decisión contraria...".

¹⁸⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1968, p.172.

¹⁸⁹ Diccionario de Derecho Social, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, Argentina 1987.

En el Perú a partir del Decreto Ley N° 18471 se consagró legislativamente la denominación de "estabilidad laboral", constituyendo su máxima expresión la Constitución de 1979 que la contenía en su artículo 48.

En efecto dicha norma establecía lo siguiente: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la Ley y debidamente comprobada".

Sin embargo, jurídicamente dicha estabilidad jamás impidió el despido directo del trabajador. Correspondió a las leyes de desarrollo (Decreto Ley N° 22126 y Ley N° 24514) establecer la forma de reparar el daño ocasionado por un despido efectuado sin causa justa, es decir en contravención de la norma constitucional. Y fueron dichas disposiciones las que determinaron que a elección del trabajador tal reparación podía consistir en su reposición coercitiva o el pago de una indemnización. Puede observarse, como tema importante, que fue el legislador y no la Constitución quien estableció la manera o modalidad de reparación otorgando al trabajador la facultad de optar por una u otra forma.

Distinto fue el entendimiento de la norma constitucional por el común de los trabajadores, quienes consideraban que la "estabilidad" les aseguraba la continuidad en el trabajo sin posibilidad de despido. De ahí que la sola mención de flexibilizar tal derecho, fue rechazada de la manera más rotunda, al punto que hizo peligrar la aprobación plebiscitaria de la Constitución que actualmente nos rige.

Por su parte los empleadores la percibieron y continúan haciéndolo, como una suerte de propiedad del puesto de trabajo por el servidor, por que éste, una vez superado el período de prueba, resulta prácticamente inamovible, ya que, incluso producido el despido por falta grave es muy difícil acreditarlo. El resultado es que el trabajador queda repuesto, lo que implica el pago de las remuneraciones caídas, de una multa y el fraccionamiento de los principios de autoridad y disciplina en el centro de trabajo.

En realidad la denominación "estabilidad laboral" resulta equívoca ya que en el fondo la generalidad de la legislación comparada entiende que su ejercicio supone una reparación, si se demuestra que ha sido violada, reparación que puede darse en varias formas: reposición, indemnización u otra prestación, como el seguro de desempleo, toda vez que un despido justificado no constituye violación alguna y, por ende, no genera pago de ninguna indemnización, y menos aún la reposición.

Los únicos antecedentes en el Perú de una estabilidad absoluta radical en el sector privado 190, que suponía contar con la previa aprobación de la autoridad

¹⁹⁰ En el Sector Público el Decreto Legislativo Nº 276 establece que un empleado de la carrera administrativa no puede ser despedido sin previo proceso interno, lo cual tiene plena justificación debido a que el Estado es el empleador.

competente para proceder al despido directo, estuvieron dados por el Decreto Supremo, de 4 de noviembre de 1958, que establecía que el Ministerio de Trabajo debía aprobar la resolución de los contratos de los empleados con 20 o más años de servicios, lo que fue ratificado por la Ley N° 15542 de 30 de abril de 1965, que rebajando el tiempo de servicios de las empleadas a 15 años, confirmó que la resolución de los contratos de trabajo con estos servidores debía ser previa y debidamente comprobada y calificada por dicho Ministerio¹⁹¹.

La Constitución vigente de 1993 como respuesta al referido trauma semántico evitó hacer mención a la "estabilidad laboral", refiriéndose en su artículo 27 a la "adecuada protección contra el despido arbitrario".

La reacción generalizada de los organismos sindicales, fue que con dicha denominación desaparecía la estabilidad laboral en el país, sin percatarse que la OIT en la Tercera Conferencia Regional Americana llevada a cabo en México en el año 1946, al precisar el alcance de este concepto concluyó que significaba "protección del trabajador contra el despido arbitrario" 192.

Sin embargo, el término "protección" en su segunda acepción implica "resguardar a una persona ... de un perjuicio o peligro ...". La única forma de proteger contra el despido sería aplicar la denominada estabilidad absoluta radical, es decir someter la decisión del despido directo a una previa evaluación y autorización por la autoridad competente, que desde nuestro punto de vista sólo se justifica para los servidores de la administración pública.

En consecuencia, la denominación que actualmente otorga la Constitución a la protección de este derecho resulta igualmente inadecuada aunque, como repetimos en el lenguaje laboral utilizado tanto en la doctrina como en las normas nacionales o convenios y tratados internacionales, existe coincidencia en que la violación al derecho a la estabilidad o la protección contra el despido arbitrario, tiene como reparación la reposición en el trabajo o, alternativamente, la indemnización o cualquier otra prestación prevista en la respectiva legislación nacional, como podría ser el seguro de desempleo.

Como puede advertirse de lo tratado hasta el momento, lo que la doctrina repudia en general, es que el despido sea ad nutum o incausado, "... entendiéndose

¹⁹¹ Pocos eran los trabajadores que alcanzaban dicho tiempo de servicios, porque antes de que ello ocurriera eran despedidos. lo cual demuestra que este tipo de normas sólo protegen a los trabajadores que habían alcanzado dicho Lempo de sen cips y pen dica a aque os que aspiran a el p

Lempo de sen clos y perjudica a aque los que aspiran a el o 192 - Citado por Americo Pia Rodriguez lopi cit. p. 172

por tal aquél en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada suficiente para extinguir la relación laboral". 193

En otros términos, si la legislación contemplara un largo listado de conductas o situaciones que justifiquen el despido del trabajador, nada tendría que decir la doctrina ni la jurisprudencia sobre el tema pues, según ella, bastaría su consideración, razonable ciertamente, para que si el trabajador es despedido, tal despido al ser "justificado" proceda sin ningún inconveniente. En tal sentido, todo quedaría solucionado con una debida actualización de las normas que regulan las causas justificadas de despido. De hecho, el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo que obra en el Congreso de la República, amplía las causales actualmente contempladas en nuestra legislación.

Nos da la impresión, que la insistencia doctrinaria de que el despido "arbitrario" o "ad nutum" no puede ser aceptado, resulta cuando menos exagerada, porque si éste se produce la consecuencia es que el daño debe ser reparado. Así lo reconocen los convenios internacionales y la legislación comparada, lo que hace inentendible tal posición.

El término "arbitrario" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 194, significa " que depende del arbitrio", "que procede con arbitrariedad", y el tér mino "arbitrio" significa "facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra". Es cierto que en su tercera acepción el mismo término significa "voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho".

En el mundo empresarial (actividad privada) es muy difícil, aunque no imposible, que un empleador despida a un trabajador por simple capricho, en primer lugar, porque la creación de un puesto de trabajo demanda una inversión de varios miles de dólares y, en segundo lugar, porque ese capricho tiene un significado patrimonial que es el pago de una indemnización, que le cuesta al empresario.

En consecuencia, en la generalidad de los casos de despido arbitrario en que no se menciona la causa, ello no significa que no exista, y de la más diversa índole. Por ejemplo, si por cambios tecnológicos operados en la empresa el empleador necesita prescindir de dos o tres trabajadores, esta causal no está prevista por la ley, por lo que no puede ser invocada válidamente para el despido directo. Sólo si el número de trabajadores que deben cesar es igual o superior al 10% del total de los mismos, podría, invocándose dicho motivo, solicitarse al Ministerio de Trabajo la respectiva autorización de cese sin pago de indemniza-

¹⁹³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El Derecho al Trabajo y el Despido Arbitrario: A Propós to de una Sentencia de Tribunal Constituciona, en la Reusta lus el Ventas de la Pontificia Universidad Catolica del Perú. p. 15, en prensa

ción alguna. Sin embargo, no resulta razonable que pueda obligarse al empleador a mantener a esos tres o cuatro trabajadores, porque ello significaría encarecer la producción lo que se traduce en un mayor precio que puede resultar póco competitivo y originar estabilidad económica en la empresa.

Otro ejemplo. Se ha venido dando con bastante frecuencia que pese a existir causa justa para el despido, verbigracia, relacionada con la capacidad o incluso con la conducta del trabajador, el empleador opta por el despido incausado o arbitrario, pagando la correspondiente indemnización, como consecuencia de un análisis de costo beneficio, ya que conoce que este tipo de despidos puede originar procesos judiciales con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero.

Incluso el trabajador que es despedido porque el empleador le perdió la confianza preferiría, por razones de curriculum, que su carta de despido sea inmotivada y no que en ella se consigne que la razón del despido es por la causa antes mencionada.

De otro lado, se debe tener en cuenta que despido "arbitrario" o "sin causa justa", o "injustificado" o "ad nutum", son sinónimos 195.

En consecuencia, si se desea ser estricto en la línea de pensamiento según la cual no cabe el despido arbitrario, tendríamos que sostener que no es suficiente imputar al trabajador una conducta determinada, o que se encuentra dentro de una situación prevista como justificada para el cese, para que este opere sin ningún tipo de consecuencia, ya que además de la imputación lo que correspondería, si el trabajador no está de acuerdo, es probar la causa justificada, porque, de no hacerlo, a pese de la imputación correspondiente, estaríamos frente a un despido injustificado, arbitrario, o ad nutum; y si esto sucede, nuevamente nos preguntamos ¿cuál es la sanción? La respuesta sigue siendo la misma: la reparación a través de las tres fórmulas clásicas, es decir, la reposición, o la indemnización, u otras prestaciones.

Además, la experiencia en el país ha enseñado lo difícil que es probar, fundamentalmente, las causas justificadas de despido relacionadas con la conducta del trabajador. La empresa requiere contar con toda una organización que se dedique al seguimiento de la conducta del trabajador y a la sanción inmediata de cualquier transgresión, a fin de contar con los medios probatorios suficientes en el caso de una demanda por despido injustificado.

Tal organización sólo es posible en la gran y mediana empresa. Nos preguntamos si la pequeña o micro empresa que tienen que velar día a día por su

^{195 &}quot;Thesaurus Gran Sopena - Sinónimos Antónimos y Asociación de Ideas". Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona 1995, Tomo I, p. 131.

subsistencia, sus propietarios estarán en la capacidad de incurrir en estos costos para asegurarse de la prueba suficiente en caso de despido de un trabajador.

Es este tipo de normatividad, irreal, la que hace que, por ejemplo, en nuestro país, cerca del 80% de la actividad empresarial sea informal, es decir que ignoren la existencia de los marcos jurídicos que regulan las diversas actividades empresariales.

El otro tema en el cual no se pone mayor énfasis, es reconocer que en la realidad legislativa de los distintos países del mundo y de los propios tratados internacionales sobre esta materia, frente a la violación del derecho a mantener un puesto de trabajo, léase estabilidad laboral o protección contra el despido arbitrario, que repetimos son sinónimos, otorgan las opciones reparatorias antes mencionadas: reposición, o indemnización u otras prestaciones como el seguro de desempleo. De estas opciones, la mayoría absoluta de los países del mundo se ha decidido por la indemnización, antes que por la reposición.

Debemos recordar que la violación del derecho a la estabilidad laboral importa la consumación de un daño, y que conforme a la doctrina uniforme tiene dos maneras de repararse. Como sostiene Zanonni¹⁹⁶, "un modo de hacerlo es a través de lo que se denomina reparación natural o innatura que consiste en la reintegración en forma específica, o reparación en especie. Implica, literalmente volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso", en nuestro ámbito la reposición o reinstalación del trabajador. Según el mismo autor, "El otro modo de reparar el daño es la llamada reparación por equivalente o, propiamente, indemnización mediante la cual aunque no se repone o reintegra en forma específica el bien dañado, se compensa o resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del daño: Se tiende, de esta manera, a restablecer el equilibrio patrimonial en función del valor que representa el perjuicio".

La indemnización o indemnidad dice De Cupis¹⁹⁷ "... corresponde a la amplia noción de resarcimiento, entendido como remedio subrogatorio, de carácter pecuniario, del interés lesionado. Según su etimología la indemnización consiste en dejar indemne al perjudicado por reintegrarle pecuniariamente su interés lesionado, con lo que su noción no parece diferenciarse del resarcimiento".

 ¹⁹⁶ ZANONNI, Eduardo A.. El Daño en la Responsabilidad Civil. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 182.
197 DE CUPIS, Adriano. El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil. Bosch, Barcelona, 1975. p. 759

En nuestro ámbito jurisprudencial, la resolución del Tribunal de Trabajo, de 27 de marzo de 1979¹⁹⁸, sostiene "... que la indemnización por despido injustificado tiene carácter de reparación suplementaria a la compensación por tiempo de servicios, que la naturaleza jurídica de esa indemnización especial es una prestación en dinero que el empleador hace a su ex-servidor para reparar en parte el daño causado por la ruptura violenta e injustificada de la relación laboral; que esa indemnización especial tiene además fines de previsión por el tiempo en que el trabajador queda desocupado y sin posibilidad en algunos casos de obtener trabajo adecuado".

Pues bien, el Convenio N° 158 de la OIT, no ratificado por el Perú, pero que indudablemente sirve de referencia por tratarse nada más ni nada menos que de un instrumento que nace del acuerdo entre representantes de los trabajadores, empleadores y de los representantes de los diversos Estados, establece que, si el órgano jurisdiccional llega "... a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada (arbitraria) y, si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada".

Adviértase que este Convenio de la OIT permite que sea la legislación de cada Estado la que establezca el tipo de reparación contra el despido injustificado, dando por supuesto, como primera prioridad, la readmisión o reposición, pero, señala que si ella no es posible, porque la legislación opte por la indemnización u otra reparación, entonces para la OIT, estas reparaciones resultan una solución satisfactoria.

En el mismo sentido se pronuncia el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17 de noviembre de 1988, aprobado por Resolución Legislativa N° 26448, por lo que en consecuencia, forma parte de nuestra legislación nacional.

El artículo 6 de este Protocolo, se dedica a desarrollar el derecho al trabajo, estableciendo que "Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada".

A su vez, el artículo 7 que regula las "Condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo" determina que los Estados "garantizarán en sus legislaciones nacionales

¹⁹⁸ DE LOS HEROS, Alfonso y MORALES CORRALES, Pedro. Manual de Jurisprudencia Laboral. H&M Ediciones S.A., Tomo I, p. 94.

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 caso de despido injustificado (léase arbitrario) el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional." (el paréntesis es nuestro).

Se puede advertir con nitidez que si bien el Protocolo no sólo consagra el derecho al trabajo, sino que obliga a los Estados firmantes del Protocolo a garantizar en su legislación nacional el derecho a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, no es menos cierto que el propio Protocolo, reconociendo que tal derecho a la estabilidad puede ser violado a través de un despido injustificado o arbitrario, que volvemos a repetir son términos sinónimos, consagra, a diferencia del Convenio N° 158 de la OIT, como primera reparación frente a dicho tipo de despido, la indemnización, en segundo, lugar la readmisión en el empleo, y en tercer lugar, cualquier otro tipo de prestación.

En tal sentido, si bien estamos de acuerdo con Carlos Blancas Bustamante 199, que, "en el pensamiento del Protocolo derecho al trabajo y estabilidad en el empleo son conceptos implicantes, siendo el segundo una de las manifestaciones concretas del primero", no compartimos su conclusión según la cual "... se deduce, sin mayor dificultad, que éste instrumento descarta el despido sin causa o ad nutum por ser contrario al derecho al trabajo".

Ya hemos visto que despido arbitrario o ad nutum, viene a ser sinónimo de despido injustificado. No es cierto en consecuencia que el Protocolo de San Salvador descarte el despido sin causa o ad nutum, por cuanto expresamente reconoce la existencia de esta posibilidad cuando se refiere a los casos de despido injustificado, es decir arbitrario o ad nutum, supuesto en que da como solución, también lo hemos dicho, en primer lugar a una indemnización, en segundo lugar a la readmisión en el empleo, y en tercer lugar a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional. Este tratado internacional, repetimos, forma parte de nuestra legislación y resulta de vital importancia para el análisis de la forma en que ha resuelto el Tribunal Constitucional la acción de amparo, cuyo comentario motiva el presente artículo, y que trataremos más adelante.

Entonces, cuando el artículo 27 de la Constitución, en consonancia con el artículo 22 delega a la ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario ("la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despi-

¹⁹⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Art. cit. pp. 17 y 18.

do arbitrario"), lo único que está haciendo es decirle al legislador que a través de la ley establezca cuál debe ser la reparación a que tiene derecho el trabajador en caso de un despido injustificado, arbitrario o ad nutum. Ese es el encargo constitucional.

El legislador peruano, teniendo precisamente en cuenta que el derecho al trabajo implica su mantenimiento en el puesto ya conseguido, ha legislado para reparar la violación de ese derecho, y lo hace recogiendo lo establecido en el Convenio N° 158° de la OIT, en concordancia con el Protocolo de San Salvador²⁰⁰.

En efecto, frente al despido nulo, es decir aquél que viola derechos fundamentales del trabajador, desarrollados en el artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la reparación es la reposición, o reinstalación del trabajador, con derecho a todos los salarios caídos, salvo que éste, en ejecución de sentencia, opte por la reposición, en cuyo caso, además de los salarios caídos tendrá derecho a la indemnización que le hubiera correspondido como si se tratase de un despido injustificado o arbitrario.

El artículo 34 en su primer párrafo establece como premisa general que el despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad, no da lugar a pago de indemnización, y el artículo 22 que el motivo alegado para el despido debe ser probado por el empleador.

El segundo párrafo del artículo 34, en contraposición con el primero, que repetimos se refiere a las causas justas o fundadas para el cese, señala que si éste es arbitrario por no haberse expresado la causa justa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 como única reparación por el daño sufrido (hasta doce remuneraciones, a razón de un sueldo y medio por año).

Puede advertirse que lo que hace el segundo párrafo del artículo 34 no es otra cosa que sostener que si el despido del trabajador no se funda en una causa relacionada con su conducta o capacidad, y si fundándose, no se prueba en juicio, entonces tal despido resulta arbitrario, es decir ad nutum, como consecuencia de no haberse expresado causa o, lo que desde nuestro punto de vista es

²⁰⁰ Nótese que el Protocolo de San Salvador es de 17 de noviembre de 1988, pero que fue aprobado por nuestro país, por Resolución Legislativa Nº 26448, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 14 de junio de 1995, habiendo entrado en vigencia la Ley Nº 26513 el día 29 de julio del mismo año, es decir, poco más de un mes de que comenzara a regir el mencionado Protocolo. La Ley Nº 26513 es precisamente la que establece las formas de reparación del despido, en general, y el arbitrario o injustificado, en particular, todavía vigentes pero seriamente cuestionadas por el fallo constitucional.

igual, no poderse demostrar en juicio; en fin, se trata en genérico de un despido injustificado, violatorio del derecho al trabajo y que debe ser resarcido o reparado en la forma que la legislación lo establezca.

A este contenido, de lo que la legislación considera despido arbitrario, debe agregarse el despido de hecho (art. 45 del D.S. 001-96-TR), así como la violación al mandato del artículo 22 de dicho TUO que exige la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada para cesar un trabajador que haya superado el periodo de prueba (art. 31 del D.S. N° 001-96-TR).

En conclusión, el artículo 27 de la Constitución en perfecta concordancia con el artículo 22 y con lo establecido en el Protocolo de San Salvador que forma parte de nuestra legislación, del Convenio 158 de la OIT que igualmente la inspira, y de la legislación comparada, al delegar al legislador la facultad de otorgar adecuada protección contra el despido arbitrario, no hizo otra cosa que pedirle que legisle conforme a las opciones previstas no sólo en la doctrina sino, en los tratados internacionales de los que el Perú es partícipe. Y el legislador es precisamente lo que hizo al prever una situación mixta que, como ya hemos expresado, se traduce en otorgar reposición en el caso de despido nulo e indemnización en el supuesto de despido injustificado. La norma infralegal es pues perfectamente constitucional.

Sobre este último tema resulta de interés citar a Javier Neves²⁰¹ cuando al comentar el proyecto de norma (art. 7 del Proyecto) que luego se transformaría en el artículo 27 de la Constitución de 1993, señala que "... El precepto, en rigor, en nuestra opinión prohíbe, en sí mismo, el despido arbitrario y remite a la ley el establecimiento de un régimen de reparación que considere más adecuado. Esto significa, en primer lugar, que no estaría permitido un sistema de despido libre, en el cual bastaría la simple voluntad del empleador para poner fin a la relación laboral; y, en segundo lugar, que sería igualmente válida la adopción por la ley de la estabilidad absoluta o de la relativa. Lo que se ha recortado, en definitiva, respecto del artículo 48 de la actual Constitución es la referencia por la contratación de duración indefinida y la necesaria reposición ante un despido injustificado. El primer recorte carece de sentido, puesto que este propio gobierno ha recogido ese principio en el Decreto Legislativo Nº 728 (presunción de contrato a plazo indeterminado). El segundo si tiene un significado, cual es el de permitir al legislador elegir el mecanismo de reparación que estime apropiado, ya sea la reposición o la indemnización. Pensamos que en el actual marco económico y jurídico la forma es acertada por cuanto su apertura permite al Congreso optar entre una u otra reparación ...".

²⁰¹ NEVES MUJICA, Javier, La Estabilidad y el Proyecto Constitucional, Revista Coyuntura Laboral Nº 79, mayo de 1993, p. 2.

IV. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Los constitucionalistas se encuentran de acuerdo en que la Constitución de un país, no puede interpretarse única y exclusivamente haciendo uso de los métodos de interpretación tradicionales (métodos literal, sistemático, lógico e histórico), toda vez que aquélla reúne características especiales que la diferencian de la ley común.

Según Domingo García Belaúnde²⁰² tales características son las siguientes: (i) Norma suprema del Estado, por lo que ni en jerarquía ni en alcance tiene igualdad con el resto de normas que componen el ordenamiento jurídico de un determinado Estado; (ii) Norma cuyo procedimiento de elaboración es distinto a todas las demás, y obedece a una lógica propia. Las normas, sean civiles o penales, son hechas por un legislador, que a su vez las ha recibido, en proyecto, de comisiones o asesorías técnicas. La Constitución, por el contrario, es hecha en un acto constituyente; esto es, en su elaboración existe un procedimiento distinto; (iii) La Constitución se denomina como política pues es una norma que tiene un primordial fin político, ya que se dirige a disciplinar, ordenar y regular el ejercicio del poder en un determinado contorno social; (iv) La Constitución envuelve en su seno determinadas opciones valorativas o axiológicas: Esto es, preferencia que las personas o los conjuntos humanos adoptan, en relación a la manera de ordenarse y alcanzar sus fines. Así, detrás de toda opción política existen opciones valorativas que alimentan dicha opción, y que a su vez se proyectan sobre el entramado social, que en cuanto portador de determinados valores o concepciones del mundo, tratan de influir en el aparato político operándose una suerte de retroalimentación entre unos y otros; (v) La Constitución es un conjunto articulador, la norma constitucional tiene como obligación fundamental ser el eje propulsor y unitario de todo el mundo jurídico; (vi) Las normas constitucionales son normas incompletas, mientras algunas son precisas, otras son flexibles, y otras son vagas o indeterminadas. Desde el punto de vista de su eficacia, pueden ser consideradas como programáticas y operativas.

De las características de la norma constitucional enunciadas por Domingo García Belaúnde, deben resaltarse, con vista a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, que la Constitución tiene un fin primordialmente político, que ha nacido de la voluntad popular, y que por tanto envuelve opciones valorativas que se considera responden a la opción democrática del pueblo en un determinado momento, pero que sin embargo deben proyectarse hacia el futuro y que deberían tener vocación de duración en el tiempo.

²⁰² GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. La Interpretación Constitucional, Pensamiento Constitucional, Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Fondo Editorial PUC, Lima, 1994, pp. 28 y 29.

También es importante destacar la característica según la cual "la norma constitucional tiene como obligación fundamental ser el eje propulsor y unitario de todo el mundo jurídico", es decir, busca la coherencia jurídica de lo que el pueblo, a través de los constituyentes han expresado en la carta fundamental, siendo obligación de los intérpretes respetar dicha voluntad.

A su vez, Aníbal Quiroga León²⁰³, al referirse a los principios de la interpretación constitucional menciona los siguientes: (i) El principio de la unidad de la Constitución según el cual toda norma constitucional debe interpretarse de modo tal que se evite su contradicción con otras normas constitucionales; (ii) El principio de concordancia práctica, por el que los bienes jurídicamente tutelados por la Constitución deben coordinarse de tal manera entre sí, que cada uno de ellos alcance efectividad. En caso de colisión, no debe realizarse uno a costa del otro, como producto de una ponderación de bienes precipitada, o, incluso, de una ponderación de valores de signo abstracto. La fijación de límites debe ser siempre proporcionada al caso concreto sin ir más allá de lo necesario para generar la concordancia de uno y otro bien jurídico; (iii) El principio de corrección funcional, según el cual si la Constitución ordena de un determinado modo, corresponde a los titulares de funciones públicas mantenerse dentro de las funciones encomendadas, evitándose desplazamientos en el sistema de distribución de las funciones. Esto es especialmente válido en lo que atañe a la relación entre el legislador y el Tribunal de Garantías Constitucionales; puesto que, a éste, frente a lo que ocurre con el legislador, sólo le corresponde una función de control, le está vedada una interpretación que llevaría a una restricción de la libertad creadora del legislador que excedería de los límites marcados en la Constitución o a una creación a través del propio Tribunal en su tarea interpretativa; (iv) Principio de eficacia integradora, según el cual si lo que concierne a la Constitución es la realización y mantenimiento de la unidad política, ello significa entonces la necesidad de, a la hora de resolver, los problemas jurídico-constitucionales, otorgar preferencia a aquellos criterios que operan positivamente en el sentido de establecer y preservar dicha unidad; y, (v) La fuerza normativa de la Constitución, según la cual la Constitución debe ser actualizada en cuyo caso debe darse preferencia a la hora de resolver los problemas jurídicos-constitucionales a aquellos criterios que, dada una circunstancia concreta procuran a las normas de la Constitución una eficacia óptima en su mejor medida.

De los principios enunciados por Aníbal Quiroga, con miras al análisis de la Resolución del Tribunal Constitucional, debe llamar la atención los de concordancia práctica y de corrección funcional. El primero obliga al Tribunal a interpretar una norma constitucional sin menoscabo de otra, debiendo hacer el mayor esfuerzo para generar la concor-

²⁰³ QUIROGA LEÓN, Aníbal. La Interpretación Constitucional. Revista de Derecho PUC Nº 39, diciembre 1985. pp. 335 - 338.

dancia entre una y otra. El segundo, de la mayor importancia, implica que el hecho de que el Tribunal Constitucional sea el "supremo intérprete de la Constitución", no significa que esté por encima de ella y que con sus fallos invada funciones que la propia Constitución ha delegado en otros poderes, como el Legislativo o el Ejecutivo.

En cuanto a los criterios orientadores de la interpretación constitucional, Domingo García Belaúnde²⁰⁴ señala que: (i) En la interpretación debe primar la presunción de constitucionalidad. Esto significa que la constitucionalidad sólo debe ser planteada en casos muy serios y abordada con la máxima de las cautelas, porque ella puede dejar de lado a parte del ordenamiento jurídico y crear inestabilidad en el sistema. Con todo, si a pesar de ello surge el problema de la constitucionalidad afectada por una ley, debe asumirse prima facie que la norma es conforme a la Constitución. Si existe duda razonable en torno a la constitucionalidad, entonces debe operar una presunción a favor de la Constitución. Tan sólo cuando la inconstitucionalidad sea notoria y palpable y de alcances graves para el ordenamiento jurídico, habrá que optar por ella. (ii) En caso que surjan dudas al interior del texto constitucional, debe buscarse una concordancia de la Constitución consigo misma ... incluso en el caso extremo de encontrar una aparente contradicción, dice García Belaúnde que no hay más alternativa que, con independencia de la ponderación de valores, se salve el principio formal de la unidad de la Constitución y de la coherencia consigo misma. (iii) Razonabilidad, que debe primar en cada interpretación, es decir la sensatez y la flexibilidad frente a nuevas situaciones, tratando de superar el problema sin afectar el entramado normativo. (iv) Previsión de consecuencias, aspecto importante que hay que tener en cuenta es apreciar las consecuencias que tendrá un fallo. Esto no significa que el control constitucional debe tener siempre como meta los resultados y obrar en función de éstos ... pero es indudable que no debe ignorarlos. (v) Preferencia por los derechos humanos. Y, (vi) fórmula política, según la cual cada Constitución consagra una determinada fórmula política que en rigor significa un estilo de vida, una concepción de la sociedad y del Estado, y una filosofía de lo que debe ser el manejo del aparato político... Esta fórmula política es la que inspira al sistema y la que debe tenerse presente de manera relevante en la interpretación constitucional.

Dentro de los criterios enunciados por Domingo García Belaúnde constituyen de la máxima importancia para el análisis de las resoluciones del Tribunal Constitucional los siguientes: Presunción de constitucionalidad de la norma, en este caso del segundo párrafo del artículo 34 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el de previsión de consecuencias, y el de respeto a la fórmula política. Como se verá más adelante, el Tribunal Constitucional no habría tenido en cuenta estos criterios al momento de resolver.

V. ANALISIS DE LA RESOLUCION DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 13 DE MARZO DE 2003

Tal como manifestamos al inicio de este artículo, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 13 de marzo de 2003, ha creado una nueva doctrina constitucional sobre los alcances del artículo 27 de la Constitución, es decir de lo que debe entenderse como adecuada protección contra el despido arbitrario.

1. Contenido de la Resolución del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, modificando su interpretación de la referida norma constitucional señala que el desarrollo legislativo de la "protección contra el despido arbitrario" debe satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad, es decir que se trate de medidas "adecuadas". 205

Esta proporcionalidad la visualiza a través de dos perspectivas: (i) Un régimen de protección de carácter sustantivo; y, (ii) Un régimen de protección de carácter procesal.

1.1. Régimen de protección de carácter sustantivo

Este régimen puede contener un tipo de protección "preventiva" del despido arbitrario, es decir que busque evitar o impedir que éste se suscite si es que no media causal y que ésta se pruebe previo procedimiento disciplinario, como sucede, por ejemplo, en el caso de los servidores públicos sujetos a la carrera administrativa, o en el ámbito privado cuando se efectúa al trabajador una imputación de cargos a fin de que ejercite su derecho de defensa; o un tipo de protección "reparadora", que se traduce en una compensación económica (indemnización).

Según el Tribunal, este último tipo de protección es compatible con los principios y valores constitucionales, pero ello funciona sólo en aquellos casos en los que el trabajador conforme a su libre albedrío decida que la protección adecuada contra su despido es el pago de su indemnización²⁰⁶.

Esto sucede a través del cobro de la indemnización una vez ocurrido el despido o a través del inicio de una acción judicial ordinaria con el objeto de exigir el pago al empleador.

²⁰⁵ El Tribunal Constitucional omite valorar que para el Convenio Nº 158 de la OIT, y para el Protocolo de San Salvador, la indemnización, así como la reposición u otras formas de reparación consignadas en la legislación nacional, son soluciones adecuadas, y que corresponde a dicha legislación nacional incorporarias conforme al marco político de cada país.

²⁰⁶ Este criterio es subjetivo, y constituye propiamente una creación del Tribunal Constitucional, pues no responde al mandato del artículo 27° de la Carta, ni al Convenio N° 158 de la OIT, ni al artículo 7° del Protocolo de San Salvador, ni al contenido de la Cuarta Disposición final de la Constitución. Infringe además, a nuestro criterio, los principios de interpretación de las normas constitucionales como son los de: opción valorativa y política de la Carta, de corrección funcional, y de presunción de constitucionalidad de la norma.

Nótese que se trata de una apreciación subjetiva del Tribunal porque la ley no confiere al trabajador la posibilidad de que él elija la forma de reparación del despido, como lo hizo la anterior legislación sobre estabilidad laboral (Decretos Leyes Nos. 18471 y 22126 y Ley N° 24514), lo que pone en evidencia de que se trata de una opción legislativa, más aún si se tiene en cuenta que el Protocolo de San Salvador deja libre a la legislación nacional establecer la forma de reparación de un despido injustificado o arbitrario.

1.2. Régimen de protección de carácter procesal

Este régimen se encuentra intimamente ligado al régimen de protección sustantivo reparador, siendo parte de él la acción indemnizatoria que se interpone en la vía de la jurisdicción ordinaria laboral, y en donde sólo es exigible una compensación económica (TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, artículo 38).

Sin embargo, adicionalmente a dichas acciones se puede establecer un régimen de protección jurisdiccional cuya eficacia de resarcimiento sino restitutoria. Es el caso del proceso de amparo constitucional.

El proceso de amparo tiene como finalidad restituir las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho constitucional, por lo tanto a través de él sólo se puede ordenar la reposición en el trabajo y no una indemnización. Tampoco puede cuestionarse en esta vía la existencia de una causa justa de despido.

2. Despidos que justifican reposición

Según la sentencia bajo análisis, la restitución (reposición) en el empleo estaría contemplada por nuestro ordenamiento jurídico en los siguientes supuestos:

Despido Nulo

Es el despido que tenga por motivo alguna de las causas previstas en el artículo 29 del TUO de la Ley de Productividad y Competividad Laboral.

b. Despido Incausado

Es el despido que se hace de manera verbal o mediante comunicación escrita sin expresarle al trabajador causa alguna, derivada de la conducta o la labor, que la justifique.

c. Despido Fraudulento

Se produce cuando: (i) El empleador despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño; (ii) Se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; (iii) Se atribuye al trabajador una falta no prevista legalmente; (iv) Se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad; y, (v) Se fabrican pruebas.

3. Vías para accionar

Siempre de acuerdo a la resolución del Tribunal Constitucional, en caso de despido nulo, la restitución podría ser ordenada en la vía ordinaria o en la vía de acción de amparo.

Cuando ocurre un despido incausado (arbitrario) o un despido fraudulento se tendría que accionar vía acción de amparo, a menos que en el segundo caso por especiales circunstancias, la dilucidación de la controversia requiera de medios de prueba. Este criterio sobre la actuación de prueba se encuentra confirmado por la Resolución del Tribunal Constitucional de 26 de Junio de 2003 (Exp. 954-2003-AA/TC Abilio Coello Torres contra CIA General de Bomberos del Perú)²⁰⁷.

En caso que el trabajador decida solicitar una indemnización por el despido arbitrario deberá accionar siempre en la vía ordinaria.

Debe relevarse que si el trabajador yerra en la identificación de la acción que más conviene a sus intereses puede significar la pérdida total de los sistemas de resarcimiento, debido al plazo de caducidad de la acción en la vía laboral ordinaria.

Así, por ejemplo si el trabajador despedido, animado por la posibilidad de obtener su reposición en el trabajo, opta por la acción de amparo, y ésta es declarada improcedente, por requerirse la actuación de pruebas suficientes, lo que no es posible en dicha vía, entonces habrá perdido la posibilidad de recurrir a la acción laboral ordinaria, porque el plazo de treinta días para interponerla habría caducado. Es decir el trabajador perdió todo. La experiencia indica que una protección mal entendida o una sobreprotección legislativa o en este caso jurisdiccional, puede resultar en todo lo contrario.

A modo de conclusión, el Tribunal Constitucional, con la resolución que se comenta, ha establecido los siguientes criterios:

²⁰⁷ Sin duda que uno de los supuestos que requiere de etapa probatoria es precisamente el despido fraudulento, por Fo que debería ser conocido en la vía ordinaria laboral, vino a través de una acción de amparo que no cuenta con ella, y que puede or ginar un estado de indefensión a demandado y olándose su derecho a debido proceso, que constituye una garantia esencial prevista por el articulo 139, no so 3 de la Constitución.

- 1. La "adecuada" protección contra el despido arbitrario a que se refiere el artículo 27 de la Constitución no permite al legislador que, de producirse, establezca como única reparación, la indemnización (Fundamento IV 11).
- 2. El despido arbitrario, es decir fundado exclusivamente en la voluntad del empleador, es nulo (Fundamento V. 15).
- 3. La decisión de optar por la indemnización o la reposición corresponde al trabajador (Fundamento IV. 12. a. 2).
- 4. En caso el trabajador opte por la indemnización y tenga derecho a ella, debe recurrir exclusivamente a la justicia laboral ordinaria, no así a la constitucional. La jurisdicción ordinaria, en este caso, no puede ordenar la reposición pues no tiene facultad para ello. (Fundamento IV13b1).
- Si el trabajador opta por la justicia constitucional, vía acción de amparo, ésta es restitutoria, es decir repone las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional, con lo cual podrá lograr la reposición en el trabajo. (Fundamento IV. 13. b. 2).
- 6. Si la dilucidación de la controversia requiere de etapa probatoria, entonces, necesariamente el trabajador deberá recurrir a la vía ordinaria y no a la constitucional porque esta carece de dicha estación. El Tribunal Constitucional la declarará improcedente (Fundamento VI. 19 in fine).
- 7. En los casos de nulidad de despido previstos por la legislación, tanto la justicia ordinaria como la constitucional son competentes, a opción del trabajador²⁰⁸.

²⁰⁸ Una pregunta que surge de esta conclusión consiste en si el Tribunal Constitucional se encuentra facultado para declarar la nulidad de un despido. Téngase presente que la acción de amparo tiene por objeto reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (artículo 1 de la Lev Nº 23506). Tatifacultadino significa que el ceso do sea nu o per se, porque la nu daditendr a que encontrarse prevista en a que no de los no sos de lan quio 219 de Codigo Civil, entre ellos el no so 7. El acto un dico es nu or cuando la leilo deciara nu pili que es 🗈 supuesto de los casos de nu loabi 🔤 despido en materia llaboral, que debe tramitarse en la vía procesal correspondiente, es decir, a través del proceso ordinario laboral El término reponer significa "volver a poner, constituir, colocar a alguien o algo en el empleo, lugar o estado que antes tenía", es decir, volver a colocar en el empleo a quien lo había perdido por decisión de su empleador, en tanto que el acto jurídico nulo significa que este nunca existió. No hemos encontrado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional facultad alguna que permita a dicho órgano declarar la nulidad de actos jurídicos. Ello corresponde a la justicia ordinaria. Y solo en los casos taxativamente previstos en el artículo 219º del Código Civil. A la justicia constitucional en materia de amparo, le corresponde dilucidar si un determinado acto constituye una amenaza o violación de un derecho constitucional y si llega a tal convicción, entonces, sin pronunciarse sobre la validez o no del mismo (que pudo dictarse, por ejemplo, en cumplimiento de una norma reglamentaria que goza de la presunción de legalidad, pero que sin embargo transgrede a la norma reglamentada y por ende infringe la Constitución), repone las cosas al estado anterior de la amenaza o violación.

8. En consecuencia, la vía de amparo procede, a decisión del trabajador, en los siguientes casos: (i) despido nulo, (ii) despido incausado o arbitrario; y, (iii) despido fraudulento, (basado en el engaño, o cuando se le imputa hechos notoriamente falsos o se le atribuye una falta no prevista legalmente) (Fundamento IV. 15).

4. Criticas a la Resolución del Tribunal

Una primera crítica consiste en que el Tribunal Constitucional considera, infundadamente, que el derecho al trabajo previsto en la Constitución, no puede tolerar que la reparación al despido arbitrario o injustificado sea exclusivamente la indemnización, pese a que la propia Constitución en su artículo 27 delega a la ley la forma en que debe repararse tal daño. Constituye una interpretación exagerada sostener que el legislador debió otorgar, inevitablemente, la facultad al trabajador de escoger la vía reparatoria de su despido. Ni la legislación comparada y menos los convenios internacionales como el Protocolo del San Salvador, lo exigen. En consecuencia, el Tribunal se ha excedido por cuanto ha resuelto en contravención del mandato que le impone la Cuarta Disposición Final de la Constitución, según la cual las normas relativas a los derechos que la Carta reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Protocolo de San Salvador, ratificado por el Perú, es adicional a dicha Convención.

Como consecuencia de lo anterior, el segundo error consiste en que el Tribunal Constitucional considera que la indemnización por despido arbitrario o injustificado establecida por la ley no constituye una "adecuada" protección contra el despido, cuando el Convenio Nº 158 de la OIT y el Protocolo de San Salvador, cuyo contenido obligatoriamente debe ser observado para interpretar las normas de nuestra Constitución, establecen como idóneas cualquiera de las formas tradicionales de reparación del daño: la restitución o reposición, la indemnización o cualquier otra forma prevista libremente por cada legislación nacional. Además la mayoría absoluta de las legislaciones del mundo igualmente contempla la indemnización como una fórmula adecuada de reparar un despido injustificado o arbitrario.

Un tercer error en el que incurre el Tribunal Constitucional consiste en otorgar al trabajador la opción de elegir la reparación cuando legalmente no ha sido prevista, salvo en el caso del despido nulo. Aquí el Tribunal en el fondo lo que ha hecho es legislar, cuando no tiene facultad para ello.

Un cuarto error en el que incurre el Tribunal, y no por ello menos importante consiste en aplicar indebidamente la Cuarta Disposición Final de la Constitución cuando esta ordena al Tribunal Constitucional interpretar las normas relativas a los derechos conforme a los tratados internacionales, entre ellos el Protocolo de San Salvador.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional con dicha Resolución ha modificado, sin motivación expresa, precedentes jurisprudenciales del propio Tribunal que reconocían la constitucionalidad del artículo 34 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que establece como reparación al despido arbitrario, la indemnización.

En efecto, el 10 de agosto de 1999, en la Acción de Amparo N° 441-99-AA/TC iniciada por don Luis Alberto Pareja Pino contra ALCATEL del Perú S.A., el Tribunal Constitucional en el Tercer Fundamento señala: "Que, tal como lo ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la empresa demandada ha hecho uso de la facultad que le permite concluir el vínculo laboral con el demandante, aceptando como penalidad el pago de la indemnización antes citada, decisión que se encuentra arreglada a la legislación vigente". La acción de amparo fue declarada improcedente.

En la sentencia de 16 de junio de 2000, recaída en la Acción de Amparo N° 1065-99-AA/TC iniciada por don Abel Heraclio Falconí Pasapera contra COR-DELICA, el Tribunal estableció en sus Fundamentos 2, 3, 4 y 5 lo siguiente: "2. Que el artículo 27 de la Constitución Política del Estado prescribe que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. 3. Que el segundo párrafo del artículo 34 del TUO del Decreto Legislativo N° 728 ... dispone que cuando el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido, pudiendo demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. 4. Que, en la contestación de la demanda, la emplazada expone que el despido del demandante fue una decisión unilateral de la Corporación y, por tanto ha procedido con arreglo a la segunda parte del artículo 34 ... antes citado, por lo que adjunta una liquidación comprendiendo la respectiva indemnización por despido y otros beneficios sociales, que aún no se ha hecho efectiva. 5. Que no se ha vulnerado, en consecuencia, ninguno de los derechos constitucionales invocados por el demandante". El Tribunal Constitucional declaró infundada la acción de amparo.

Finalmente, el Tribunal Constitucional mediante resolución de 13 de octubre de 2000, recaída en la Acción de Amparo N° 820-2000-AA/TC seguida nada menos que por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú, aduciendo exactamente las mismas transgresiones constitucionales al derecho al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, en los fundamentos 3 y 4 sostiene lo siguiente: "3. Que, de autos se advierte que la demandada cursó a los trabajadores ... las cartas ... mediante las cuales les comunicó su cese laboral... 4.

Que, estando a lo glosado ... es de advertirse que la demandada ha hecho uso de una facultad que le permite concluir el vínculo laboral con sus ex-trabajadores, aceptando como penalidad el pago de la indemnización antes mencionada, no habiendo invocado como sustento causa alguna vinculada a la conducta o capacidad de los entonces trabajadores, en cuyo caso, la emplazada hubiera estado en la imperiosa obligación de seguir el procedimiento previsto en el artículo 31 de la acotada norma legal, lo cual hubiera permitido una evaluación del hecho concreto, que pudiera ser catalogado como lesivo o no de alguno de los derechos de rango constitucional, ... susceptible de ser reparado en la vía procesal de la acción de amparo.". El Tribunal Constitucional declaró improcedente la acción.

Al inicio de este artículo manifestamos que conforme al artículo 9 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, los jueces que quieren separarse de la jurisprudencia obligatoria se encuentran en el deber de explicar las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución, lo que no ha sucedido en la que es motivo de nuestro comentario.

5. Consecuencias de la aplicación de la resolución del Tribunal Constitucional

Efectuado el análisis de la resolución del Tribunal Constitucional del 13 de marzo de 2003, reiterada en fallos posteriores como la sentencia de 28 de mayo de 2003 (Exp. 963-2002-AA/TC), pueden extraerse las siguientes consecuencias:

a. En los hechos

Al interpretar erróneamente que en caso de despido, corresponde al trabajador optar entre la indemnización o la reposición, se ha regresado a la estabilidad conocida como absoluta en el ámbito privado de los años setenta del siglo pasado. Incluso en materia de trabajadores de dirección, al Decreto Ley N° 18471 que no contemplaba, como lo hicieron las demás leyes, un tratamiento distinto para este tipo de trabajadores que sólo estaban protegidos con el pago de indemnización en caso de despido injustificado. Con la nueva doctrina instaurada por el Tribunal Constitucional, los trabajadores de dirección despedidos arbitraria o injustificadamente, igualmente tendrían derecho a la reposición, lo cual puede llevar a situaciones inmanejables, agudizando la inseguridad jurídica sobre materia de despidos en el país.

b. En las relaciones laborales

(i) Sólo se aplicará al 15% de la empresas formales en el país, (ii) Enturbiará el ambiente laboral al tenerse que implementar políticas que documenten la conducta de los trabajadores a fin de contar con pruebas para el

c. En la formalización de empresas

(i) Nuevo obstáculo a la formalización de las empresas informales que son una absoluta mayoría en nuestro país; y, (ii) Incremento de la informalidad y con ello de la desprotección de los trabajadores a quienes no les alcanza el derecho de trabajo y de la seguridad social.

d. En la competitividad las empresas nacionales vs. las extranjeras en el comercio internacional

(i) Sobrecostos por encarecimiento del despido; y, (ii) Baja en la productividad.

e. Para la inversión

(i) Creciente dificultad para explicar al futuro inversionista cual es el régimen legal de cese del personal, (ii) Desconfianza en la justicia constitucional de nuestro país; y, (iii) El Perú frente al contexto internacional será menos atractivo, por lo que en condiciones similares, el inversionista probablemente elegirá otro país.

f. En el empleo

(i) Si disminuye la inversión disminuirán las posibilidades de generar nuevos empleos, (ii) Afectará y restringirá la contratación directa, (iii) Se preferirá la intermediación laboral y los contratos a plazo fijo; y, (iv) El desempleado o sub-empleado tendrá mayor dificultad para encontrar un empleo decente.

g. En la recaudación fiscal

Al dificultarse la formalización de las empresas informales, la posibilidad de un incremento del universo de contribuyentes se frustrará y con ello, la posibilidad de mejorar la recaudación fiscal.

h. Desarticulación de la justicia laboral

(i) "Amparización" de los conflictos laborales: se preferirá la vía del amparo a la ordinaria laboral, (ii) La justicia laboral, especializada, resolverá menos

controversias que corresponden a su materia, (iii) La justicia civil, no especializada en lo laboral, atenderá más controversias de materia laboral, con lo cual se incrementarán los errores judiciales, se generará inseguridad jurídica; y, se lesionará gravemente la predictibilidad de la justicia laboral en el país; y, (iv) Se vulnerará el derecho al debido proceso al ventilarse conflictos laborales que por su propia naturaleza requieren de etapa probatoria en una vía como la de amparo, que no la contempla, correspondiendo al criterio del Tribunal, en cada caso, resolver si es o no necesaria la actuación de pruebas adicionales a las documentales presentadas.

i. Para el trabajador

Frente a un despido injustificado o arbitrario el trabajador tendrá que realizar una evaluación sumamente delicada y especializada, respecto de la cual no siempre está en la capacidad de efectuarla, pues de optar por la reposición vía acción de amparo, si el Tribunal Constitucional finalmente considera que se requieren pruebas para acreditar su derecho, entonces la demanda será declarada improcedente, con el consiguiente riesgo de perder la indemnización que normalmente le hubiera correspondido, de haber recurrido a la jurisdicción laboral.

6. Posibles soluciones.

La primera consistiría en que el propio Tribunal, volviendo a estudiar el tema con la profundidad que merece, modifique su pronunciamiento. Es el único que lo puede hacer, porque debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 9 de la Ley de Habeas Corpus y Amparo permite a los jueces separarse motivadamente de los criterios vinculantes, ello resulta cuando menos discutible respecto de los pronunciamientos generales emitidos por el Tribunal Constitucional, porque la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no les concede tal facultad, en consecuencia sólo el Tribunal podría variar de criterio.

La segunda solución estaría dada por la nueva regulación constitucional que se dicte sobre esta materia en la cual se efectúen las precisiones que se requieran para garantizar una sola e inequívoca interpretación sobre las formas de reparar el despido injustificado o arbitrario.

Una tercera solución consistiría en que se dicte la aún pendiente Ley Orgánica que regule la acción de amparo en la que se establezca su carácter residual y no alternativo, de tal manera que sea la justicia laboral ordinaria la que resuelva estos conflictos de intereses. Una alternativa a esta propuesta es que se modifique la actual Ley de Hábeas Corpus y Amparo.