

EL DESPIDO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE⁽¹⁾

I. LOS ANTECEDENTES

A nuestro juicio la cabal comprensión del régimen actual de protección contra el despido injustificado hace necesario remontarse a los antecedentes normativos a través de los cuales se introdujeron en nuestro ordenamiento instituciones de tutela y reparación ante supuestos de extinción de la relación de trabajo que pudieran calificarse como abusivos, injustificados o arbitrarios.

1. La introducción legislativa de la estabilidad en el trabajo

1.1. El Decreto Ley N° 18471

El derecho de estabilidad en el trabajo se introdujo por ministerio de la ley: el Decreto Ley N° 18471, promulgado el 10 de noviembre de 1970, instituyó un régimen de estabilidad laboral absoluta, invocando como su principal fundamento el “derecho al trabajo” proclamado en el artículo 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificada por la Resolución Legislativa N° 13282⁽²⁾. El ámbito de esta ley comprendió a los “trabajadores de la actividad privada y los

(1) Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) La Resolución Legislativa N° 13282 fue aprobada por el Congreso de la República el 9 de diciembre de 1959 y promulgada el 15 del mismo mes y año.

de las empresas públicas” (art. 1), configurándose, con ello, un régimen común o general de estabilidad laboral, que se mantuvo, con variantes en su contenido, bajo las leyes posteriores.

El derecho lo adquiría el trabajador, obrero o empleado, al cumplir el periodo de prueba de tres meses, tradicional en nuestra legislación laboral. Adquirida la estabilidad laboral, el trabajador no podía ser despedido sino por las causas señaladas en la ley: falta grave, reducción de personal por causas económicas o técnicas o por liquidación de la empresa. La falta grave estaba taxativamente enumerada en la ley (art. 2) y en el caso de considerar injustificado el despido el trabajador podía elegir entre dos posibles vías impugnatorias: la acción de reposición, destinada a lograr la preservación de la relación de trabajo, o la acción indemnizatoria, cuya pretensión era obtener una compensación económica equivalente a tres meses de remuneraciones, lo que implicaba aceptar el hecho del despido, pero no su justificación. La reposición, en caso de considerarse injustificado el despido y, por lo tanto, fundada la acción, era obligatoria y no cabía contra ella recurso ni oposición alguna del empleador.

La primera de estas acciones –reposición– se incoaba ante la autoridad administrativa de trabajo (Ministerio de Trabajo) y la segunda –indemnizatoria– ante el fuero privativo de trabajo, investido de la función jurisdiccional del Estado.

Igualmente procedía el despido debido a causas económicas, técnicas y caso fortuito o fuerza mayor, que hicieran necesaria la reducción del personal o, en caso de liquidación de la empresa, su despedida total. En estos supuestos se requería la previa autorización del Ministerio de Trabajo, a solicitud del empleador y luego de seguirse un procedimiento administrativo en cuyo desarrollo las partes podían conciliar sus puntos de vista y celebrar un acuerdo. El reglamento de la ley contemplaba, asimismo, que en estas situaciones las partes pudieran celebrar, en trato directo, convenios o pactos para evitar o disminuir la reducción de personal mediante la supresión o reducción de beneficios y condiciones de trabajo, los cuales debían ser aprobados por la autoridad de trabajo para su validez.

1.2. El Decreto Ley N° 22126

Luego de poco más de 7 años de vigencia, el D.L. N° 18471, que introdujo, por vía legislativa, el derecho de estabilidad laboral en el Perú, fue derogado y sustituido por el Decreto Ley N° 22126, vigente a partir del 21 de marzo de 1978.

La diferencia fundamental entre el régimen de estabilidad establecido por esta ley y el que ella modificó, radicó en la adquisición del derecho a la estabilidad laboral absoluta, la cual fue condicionada al cumplimiento de tres años de

servicios ininterrumpidos al mismo empleador (art. 2.b). Con ello, se creó un periodo adquisitivo de la estabilidad, intermedio entre el vencimiento del periodo de prueba, que se mantuvo en tres meses, y la adquisición de la estabilidad (en concreto 2 años y 9 meses) durante el cual el trabajador podía ser despedido sin causa justificada mediante un preaviso que el empleador debía cursarle noventa días antes de la fecha del cese. La omisión del preaviso, es decir el despido llamado “intempestivo”, daba derecho al trabajador a percibir una indemnización especial equivalente a la remuneración de dicho plazo (art. 28).

Se retornó, sin duda, durante aquel lapso –un verdadero “hinterland”, entre la finalización del periodo de prueba y la adquisición de la estabilidad laboral– al despido libre o ad nütum, carente de causa justificada, sujeto únicamente el preaviso que es una de aquellas “limitaciones laborales impropias” citadas por Plá y, ciertamente, una de las más simples y débiles de todas ellas. Ni siquiera podría calificarse esa etapa como de “estabilidad relativa”⁽³⁾ pues esta supone, en todo caso, la exigencia de una causa para justificar el despido, aunque, la reparación del que se produce injustificadamente, no se efective mediante la reposición del trabajador sino con el pago de una indemnización.

El trabajador que cumplía tres años de servicios continuos adquiría el derecho de estabilidad laboral absoluto pues, en adelante, solo podía ser despedido por falta grave o al sobrevenir causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, a las que se refirió la ley como “situaciones excepcionales”. El D.L. empero, concedió el beneficio de la estabilidad absoluta, sin necesidad de tener el tiempo de servicios continuos exigido por ella, a los dirigentes sindicales, dejando a criterio de la autoridad administrativa de trabajo fijar el número de dirigentes que en cada nivel de organización sindical podía gozar de esa protección (art. 33).

La falta grave, al igual que en la ley anterior, quedó enumerada taxativamente, pero se amplió la lista de los actos del trabajador tipificados como infracción (art. 4). También se incluyó, modificando el reglamento de la Ley N° 4916 (art. 26), las faltas del empleador y los medios de reclamación ante los actos de hostilidad de éste y el llamado “despido indirecto”.

Mantuvo, dicha norma, el esquema de dos acciones distintas, una en la vía administrativa y la otra en la vía judicial, para que el trabajador recurriera contra el

(3) Hemos sostenido esa tesis en nuestro artículo “La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo”, pero creemos que no es apropiado denominar “estabilidad relativa” a un sistema que reconoce la facultad discrecional del empleador para despedir sin causa. (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La Constitución de 1979 y el Derecho al Trabajo”. En: *Derecho*. Núm. 36, Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982, pp. 7-53).

despido injustificado, respetando su derecho a elegir ab initio cualquiera de ellas. La reposición conservó su carácter obligatorio y, para garantizar su cumplimiento, se tipificó la negativa del empleador a ejecutarla como delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, reprimible con pena de prisión no mayor de tres años.

La indemnización, para quien optara por esta, fue elevada de tres a doce remuneraciones mensuales, pero estableciendo un tope para el monto mensual de dicha remuneración, igual al entonces vigente para la compensación por tiempo de servicios, fijado en el D.L. N° 21396. Al efectuarse, por error de técnica legislativa, la remisión a dicha norma y no al régimen de ese beneficio (aplicable a los ingresados después del 11 de julio de 1962), la posterior elevación del tope de esa compensación (CTS) no tuvo el mismo efecto respecto de la indemnización por despido que, poco a poco, por efectos de la inflación, devino en una cantidad irrisoria, insuficiente para configurar una alternativa atrayente frente a la posibilidad de la reposición en el trabajo

Esta ley, también incorporó disposiciones destinadas a limitar el “trabajo no estable”, imponiendo a las empresas máximos para el número de trabajadores que podrían tener en periodo de prueba y en el régimen de “part-time” o jornada de trabajo inferior a 4 horas diarias.

Dentro del mismo concepto, prohibió la intermediación laboral, señalando que la prestación de servicios en una empresa no podía ser realizada por personal remunerado por entidad distinta y extraña al centro laboral, salvo el caso de empresas de servicios que tuvieran contrato con una empresa a la cual brindarían servicios de tipo complementario, con su propio personal. La ley no precisó, sin embargo, las sanciones y efectos laborales derivados de la violación de esta prohibición lo que, en la práctica, significó durante su vigencia una forma de evasión de la estabilidad laboral, a través de la contratación de empresas de servicios sin verdaderos requisitos de tales o que prestaban servicios en las actividades principales de la empresa usuaria.

El D.L. N° 22126, respetó el derecho adquirido a la estabilidad laboral de aquellos trabajadores que al entrar en vigencia esta norma hubieran superado el periodo de prueba, lo que constituía el requisito exigido por la derogada ley para gozar de ese derecho.

Al igual que ésta, el D.L. N° 22126 no reguló la situación de los trabajadores de confianza, los que, debido a la interpretación extensiva de la Ley de Sociedades Mercantiles hecha por los tribunales y autoridades administrativas, quedaron al margen del derecho de estabilidad en el trabajo.

2. La estabilidad en el trabajo como derecho constitucional y su desarrollo legal

2.1. El derecho constitucional a la estabilidad en el trabajo

El “derecho a la estabilidad en el trabajo” fue reconocido de modo expreso por el artículo 48 de la Constitución de 1979, ubicado en el Capítulo V “Del Trabajo” que, a su vez, formaba parte del Título I referente a los “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”. Este precepto señaló que: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”⁽⁴⁾.

Los Decretos Leyes N°s 18471 y 22126, que fueron, sucesivamente, las dos primeras leyes sobre estabilidad en el trabajo de nuestro ordenamiento laboral, no tuvieron fundamento en una norma supra legal a la cual ceñirse. En efecto, la estabilidad laboral ingresó al Derecho peruano del trabajo –como gran parte de las normas que lo integran– por acto del legislador⁽⁵⁾, sin que este viniera obligado o encuadrado por una disposición de jerarquía suprema, como las que integran la Constitución Política. En tal virtud, el modelo de estabilidad laboral establecido por vía legal, podía ser modificado sustancialmente, en su concepto y sistema de aplicación o, inclusive, suprimirse, siempre que tales cambios o supresión se hicieran mediante otra norma de igual jerarquía.

Por el contrario, al entrar en vigencia, a partir del 28 de julio de 1980 la Constitución de 1979, la situación adquirió, desde la perspectiva del Derecho, una connotación completamente distinta, al reconocer esta carta la “estabilidad en el trabajo” como derecho constitucional⁽⁶⁾. Reconocimiento este, que la ley fundamental no formuló en términos “programáticos”, de modo tal que se remitiera a la ley determinar el contenido concreto de aquel derecho, sino que el propio texto constitucional efectuó las definiciones y elementos básicos del mismo, configurando el contenido esencial que el constituyente quiso dar a dicha institución,

(4) Vid, al respecto, BLANCAS BUSTAMANTE. “La Constitución de 1979 ...”. Ob. cit., p. 35 y ss.

(5) El cual, además, en el caso específico de las normas mencionadas, no fue el Congreso o Parlamento, que es titular del Poder Legislativo en los regímenes constitucionales, sino el denominado “Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada”, quien desde el golpe militar del 3 de octubre de 1968 hasta el 28 julio de 1980, ejerció, de facto, la función legislativa mediante “decretos leyes”.

(6) El artículo 48 de la Constitución de 1979 tuvo el siguiente texto: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”.

por lo que la actuación futura del legislador en este campo vino a quedar subordinada a los parámetros de la norma constitucional⁽⁷⁾.

2.2. El desarrollo legal del derecho constitucional: La Ley N° 24514

La entrada en vigencia de la Constitución de 1979, abrió, por consiguiente, un debate acerca de la constitucionalidad de la norma legal preconstitucional que se encontraba vigente: el D.L. N° 22126. De un lado se argumentó su compatibilidad con el artículo 48 de la –entonces– nueva Constitución, sosteniendo que esta no fijaba un sistema específico de estabilidad ni prohibía que la ley señalara un plazo para su adquisición, por lo que la subsistencia de esa norma no violaba el artículo 48 constitucional. De otro lado, se consideró que el lapso previo a la adquisición de la estabilidad, durante el cual el empleador podría despedir discrecionalmente (*ad nutum*) al trabajador, era contradictorio con el precepto constitucional que toleraba el despido “solo” por causa justa. Nos encontramos entre quienes sostuvieron la inconstitucionalidad del D.L. N° 22126 en este aspecto y propugnaron la necesidad de su reforma o sustitución por una norma que fuera fiel al precepto constitucional⁽⁸⁾.

La discusión quedó zanjada, al aprobarse, a partir de una iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo, una nueva Ley de Estabilidad en el Trabajo (LET), la Ley N° 24514, que entró en vigencia el 6 de junio de 1986. Esta norma:

- a) Reconoció la adquisición de la estabilidad laboral desde el vencimiento del periodo de prueba, eliminando así el periodo de “adquisición” del derecho extendido por el derogado D.L. N° 22126 a tres años⁽⁹⁾.
- b) A diferencia de la norma anterior, procedió a enumerar (LET, art. 4) las “causas justas de despido” y, al hacerlo, plasmó una concepción o sentido amplio del despido, al considerar como tales, además de la falta grave, a las “situaciones excepcionales” de la empresa, fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, la inhabilitación para el ejercicio de la actividad impuesta por la autoridad judicial y la privación de la libertad por sentencia judicial en caso de delito doloso⁽¹⁰⁾.

(7) Vide SANGUINETI RAYMOND. “El Derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana”. En: *Constitución y trabajo*. AA. VV. Cultural Cuzco, Lima, 1989, pp. 82-135.

(8) Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE. “La Constitución de 1979 y el derecho ...”. Ob. cit.

(9) Retornó, así, en esta materia, al criterio originalmente establecido por el D.L. 18471. Vid. al respecto, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Derecho de Estabilidad en el Trabajo*. ADEC-ATC, Lima, 1991, pp. 76-84.

(10) *Ibidem*, Capítulo tercero.

- c) Introdujo, acogiendo uno de los más interesantes aportes del Convenio 158 OIT, un procedimiento previo al despido, para que el trabajador ejerciera su defensa ante las faltas graves imputadas por el empleador. Desde luego, al ser “previo” al posible despido, este procedimiento tenía lugar dentro del ámbito de la empresa y ante el propio empleador, a quien correspondía adoptar la decisión final respecto a la extinción de la relación laboral. En el modelo de la LET, la omisión de este procedimiento, conllevaba la declaración de improcedencia del despido y la consiguiente condena del empleador a reponer al trabajador⁽¹¹⁾.
- d) Rodeó al despido de garantías formales efectivas, sancionando la vulneración u omisión de dichos requisitos con la declaración de improcedencia del despido, con efectos similares a la calificación de este como injustificado⁽¹²⁾.
- e) Unificó las acciones impugnatorias del despido, al descartar, en armonía con los preceptos constitucionales sobre la potestad jurisdiccional del Estado, la vía administrativa para la reclamación que tuviera como pretensión la reposición del trabajador, y establecer como vía única, en sede judicial, la acción de calificación del despido, mediante la cual, una vez declarado injustificado o improcedente el despido, el demandante podía optar, en ejecución de sentencia, por su reposición o el pago de la indemnización por despido. Elegida la reposición esta era forzosa, sin posibilidad alguna de oposición de parte del empleador, a quien, en caso de resistencia, se le aplicaba la coerción penal introducida inicialmente por el D.L. N° 22126⁽¹³⁾.
- f) Introdujo medidas cautelares en el proceso de impugnación, consistentes en la facultad del juez de, a solicitud del trabajador, suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional de aquel, así como el otorgamiento al demandante de una “asignación provisional” a título de un auxilio económico durante el proceso⁽¹⁴⁾.

(11) *Ibíd.*, pp. 156-161.

(12) *Ibíd.*, pp. 168-175 y 177-179.

(13) *Ibíd.*, pp. 179-187.

(14) *Ibíd.*, pp. 187-195.

- g) Comprendió en el derecho de estabilidad laboral a los trabajadores de confianza, limitando, sin embargo, la eficacia reparadora del despido injustificado o improcedente, a la indemnización⁽¹⁵⁾.
- h) Tipificó como “faltas del empleador” las conductas lesivas a la libertad sindical y derechos políticos del trabajador, así como su discriminación basada en su creencia religiosa o raza (LET, art. 25, inc. g.); y, de la misma manera, los actos contrarios a la dignidad e intimidad de aquel, como el “hostigamiento sexual” y otros de índole similar (LET, art. 25, inc. h)⁽¹⁶⁾.
- i) Impuso estrictas limitaciones al trabajo no estable, en particular para los trabajadores en periodo de prueba y aquellos sujetos a jornada inferior a cuatro horas diarias y sancionó la violación a la prohibición de utilizar personal pagado por entidad distinta y extraña al centro laboral, con excepción de aquel puesto a disposición por empresas de servicios complementarios, reconociendo a dichos trabajadores la existencia de relación laboral de carácter indefinido con la empresa usuaria, desde el momento en que le prestaron servicios⁽¹⁷⁾.

II. EL MODELO DE “MÍNIMA PROTECCIÓN”: LA LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO

El Decreto Legislativo N° 728, “Ley de Fomento del Empleo” (LFE), vigente desde diciembre de 1991, marcó el inicio de la transición desde el modelo de estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de “mínima protección” ante el despido, finalmente plasmado en la Constitución de 1993 y las leyes posteriormente dictadas al amparo de esta.

La LFE, dictada todavía bajo la vigencia de la Constitución de 1979 y en virtud de la delegación de facultades legislativas efectuada por el Congreso al Poder Ejecutivo para legislar sobre la promoción del “acceso masivo al trabajo”, pero sujeta a la directiva expresa de respetar “las normas constitucionales de estabilidad laboral y los derechos adquiridos de los trabajadores”, no llegó, por ello, a

(15) *Ibidem*, Capítulo Sexto.

(16) *Ibidem*, pp. 304-309.

(17) *Ibidem*, Capítulo Noveno.

plasmar un modelo alternativo a la estabilidad laboral tal como era regulada por la LET, sino una variante de este, caracterizada por el debilitamiento, antes que por la eliminación, de los elementos configuradores del mismo.

Cabe señalar, en primer término, que al entrar en vigencia la LFE quedó configurado en el ordenamiento laboral un régimen dual de estabilidad laboral, pues los trabajadores que a esa fecha se encontraban laborando bajo las normas de la LET continuaron regidos por esta en aquellas materias atinentes a la imputación de faltas graves, el derecho a la reposición como medida reparadora y la tarifa indemnizatoria, en virtud del mandato expreso contenido en su Segunda Disposición Transitoria y Final⁽¹⁸⁾. La nueva normativa solo se aplicaría íntegramente a los trabajadores que celebraran contrato de trabajo a partir del inicio de su vigencia y de forma parcial a los trabajadores que a esa fecha se encontraban laborando, respecto de algunas materias –no poco relevantes– como las causas de despido vinculadas a la capacidad del trabajador, el cese colectivo o el regreso a la disyunción procesal ab initio entre acción de reposición y acción indemnizatoria.

En el nuevo marco normativo, instituido por la LFE, destacan los siguientes rasgos⁽¹⁹⁾:

- a) Se restringe el sentido del concepto del “despido”, consagrado en la LET –y las normas precedentes– en términos unificadores, comprensivo de todos los supuestos de extinción de la relación laboral por decisión del empleador, al limitarlo al despido individual relacionado ya sea con la capacidad o la conducta del trabajador, excluyendo el denominado –por la LFE– “cese colectivo por causas objetivas”, enumerado como una causal de extinción del contrato de trabajo diferenciada del despido. (LFE, art. 49).
- b) Si bien la adquisición del derecho a la estabilidad se sigue reconociendo desde el vencimiento del periodo de prueba, este, según las normas de la LFE, puede ser ampliado, por acuerdo entre el empleador y el trabajador (entiéndase mejor, postulante) hasta seis meses si el trabajador es calificado y hasta un año si el cargo es de dirección o de confianza. En tal caso, obviamente se posterga el momento para que el trabajador alcanzase el derecho a la estabilidad.

(18) Se ha considerado que esta disposición representa un caso de aplicación del principio de “condición más beneficiosa” “inclusive respecto de derechos que difícilmente pueden considerarse adquiridos”. (NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. ARA Editores, Lima, 1997, p. 149.)

(19) Vide al respecto, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Fomento del empleo y estabilidad laboral” I, II y III Parte. En: *Asesoría Laboral*. Lima, enero, febrero y marzo de 1992.

- c) Se incluye como nuevas causas de despido, recogiendo la orientación del Convenio 158 de la OIT, aquellas relacionadas con la capacidad del trabajador.
- d) La eficacia reparadora propia de la estabilidad laboral, esto es, la reposición del trabajador como mecanismo para garantizar su continuidad en la empresa si su despido es injustificado, experimentó una devaluación en cuanto se facultó al juez para sustituir dicha medida por el pago de la indemnización cuando la reposición resultare inconveniente dadas las circunstancias (LFE, art. 72). Hemos opinado al respecto que “(...) ello significará que el trabajador gana el juicio pero pierde el empleo, o dicho de otro modo, que el acto antijurídico del empleador prevalece sobre el derecho del trabajador y produce sus efectos, esto es la extinción de la relación de trabajo”⁽²⁰⁾. Posteriormente, la Ley N° 26513, suprimió la reposición del trabajador como medida reparadora del despido, estableciendo como única reparación el pago de la indemnización.

De otro lado, la cuantía de la indemnización también se devaluó en comparación con la prevista por la LET, al establecerse que sería equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, más la fracción proporcional⁽²¹⁾. Mediante el Decreto Legislativo N°871 esta fue elevada a una y media remuneración mensual por año de servicios⁽²²⁾.

- e) Introdujo la figura del despido “nulo”, reservando esta calificación para todo aquel que obedeciera a alguno de los “motivos prohibidos” enumerados taxativamente por el artículo 65 de la LFE, los cuales, a su vez, son reproducidos mutatis mutandi del artículo 5 del Convenio 158 OIT, y guardan relación con la actividad sindical o representativa del trabajador, la defensa de sus derechos frente a

(20) *Ibidem*, Parte I, p. 11.

(21) Vide sobre el particular el cuadro comparativo de la indemnización por despido en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo”. En: *Derecho-PUC*. N° 49, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, Ob. cit., p. 199.

(22) Previamente, el Decreto Legislativo, N° 855, publicado el 4 de octubre de 1996, redujo la indemnización a media remuneración mensual por año de servicios pero el Decreto Legislativo N° 871 publicado el 1 de noviembre del mismo año restituyó el monto anterior; sin embargo una “fe de erratas” de esta norma publicada al día siguiente (2 de noviembre) corrigió el “error”, señalando que la indemnización sería de una y media remuneración ordinaria mensual por año de servicios.

actos lesivos del empleador, la discriminación por motivo de raza, sexo, religión, opinión o idioma, así como el embarazo de la madre trabajadora. Como lo hemos apuntado en ocasión anterior, tales motivos son recusados por el ordenamiento jurídico “por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona y ciudadano”⁽²³⁾.

La declaración de nulidad del despido apareja, como medida reparadora, la reposición forzosa del trabajador (art. 71 de la LFE), sin que el juez tenga en este supuesto la facultad de sustituirla por la indemnización, de donde nace la relevancia que adquiere esta figura en el contexto de la LFE que, precisamente, rebajó el nivel de protección en los demás casos de despido.

- f) En cuanto a la impugnación del despido, restableció, aunque en sede judicial, el esquema pluralista y excluyente de acciones impugnatorias, al obligar al trabajador despedido a optar *in limine litis* entre la acción de reposición y la de indemnización, a las cuales debe agregarse la de nulidad del despido, único supuesto en el cual de ampararse la pretensión del demandante, la reposición sería efectiva. Suprimió, además, la facultad judicial de suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional del trabajador, reservando esta medida cautelar únicamente para el caso de “inobservancia de las formalidades esenciales del despido” (art. 77 de la LFE).
- g) Amplió a las causas “objetivas” del cese colectivo agregando a los motivos económicos y tecnológicos, los “estructurales y análogos”, así como la “disolución y liquidación de la empresa y la quiebra” y “las necesidades de funcionamiento de la empresa”⁽²⁴⁾, enumeradas en los incisos c) y d) del artículo 86 de la LFE.

Los rasgos hasta aquí descritos, y otros de menor importancia, alcanzarían luego, tras varias reformas legales una significación trascendente en cuanto a la transformación de la normativa de protección contra el despido, sea porque varios de ellos fueron reforzados en sus alcances, sea porque al derogarse el régimen de

(23) Vid., BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en la reforma ...”. Ob. cit., p. 201.

(24) Sobre el particular, Vide BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Las necesidades de funcionamiento como causa de cese colectivo”. En: *Asesoría Laboral*. Lima, junio de 1993, pp. 7-9. Posteriormente, la Ley N° 26513, del 27 de julio de 1995, suprimió esta causa, que había sido intensamente cuestionada durante su vigencia.

la LET y finalizar, por ello, el régimen “dual” se convirtieron en rasgos dominantes del nuevo modelo ya único.

Finalmente, la aprobación de la Constitución de 1993, significó la derogación del derecho “a la estabilidad en el trabajo”, y su reemplazo, en el artículo 27 de la nueva carta, por una fórmula menos precisa que consagra la “protección adecuada contra el despido arbitrario”, enunciado a partir del cual vino a convalidarse ex post el Decreto Legislativo N° 728, el mismo que, además, sufrió varias modificaciones en la impronta desreguladora de este.

III. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. La construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional

El insuficiente diseño normativo del despido nulo que, como se ha indicado, excluye del ámbito de protección de este a la casi totalidad de los derechos fundamentales del trabajador, ha sido, no obstante, suplido por la construcción jurisprudencial realizada por el Tribunal Constitucional, la cual habilita la vía del amparo constitucional como causa procesal para la defensa de tales derechos, cuando su lesión se produce en el despido.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional que habilita la impugnación del despido a través del proceso constitucional de amparo, tiene su origen en la interpretación que este ha hecho del “derecho al trabajo”, reconocido en el artículo 22 de la Constitución.

Desde, aproximadamente, el año 1997, es decir, al poco tiempo de haber iniciado sus funciones, el Tribunal Constitucional admitió el uso de la acción de amparo para la defensa del trabajador despedido de forma arbitraria, y en los casos en los cuales dictó sentencias estimatorias las fundamentó, por lo general, en la vulneración del “derecho al trabajo”. Así se puede ver, por ejemplo, en la STC N° 111-96-AA/TC (Hugo Pitman Rojas), fechada el 13 de junio de 1997 y, en particular, en la STC N° 1112-98-AA/TC (César Antonio Cossío y Otros con Telefónica del Perú), emitida el 21 de enero de 1999, la cual invoca la vulneración del derecho al trabajo ocasionada por la trasgresión del “principio de tipicidad”, para declarar fundada la demanda⁽²⁵⁾.

(25) Asimismo, esta sentencia hace un deslinde, –que más adelante será explicitado y mejor

En sentencias posteriores, el TC fue avanzando, claramente, en la línea de definir un sentido amplio y cabal del “derecho al trabajo”, señalando que los despidos que vulneran el derecho el principio de tipicidad de la causa del despido o el derecho de defensa del trabajador traen consigo la afectación del derecho al trabajo “(...) en cuanto a que la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad”⁽²⁶⁾. Emerge ya en estos pronunciamientos, la idea de que el derecho al trabajo no se agota en su faceta programática o su aspecto colectivo, esto es, como aspiración a tener un trabajo, sino también como el derecho de quien lo tiene a conservarlo, salvo que medie una causa justa, objetiva y razonable para que el empleador lo despidan; idea esta que quedará definitivamente establecida en la sentencia N° 1124-2001-AA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional realiza la interpretación del “derecho al trabajo”, fijando su contenido constitucionalmente protegido.

Poco después, en la STC N° 976-2001-AA/TC, el intérprete de la Constitución consolida su doctrina jurisprudencial y define la procedencia de impugnar el despido mediante el proceso de amparo en tres supuestos que, a su juicio, conllevan la vulneración de derechos constitucionales del trabajador: el despido incausado, el despido fraudulento y el despido nulo. A partir de esta sentencia, son muy numerosos los casos en los cuales mediante el proceso de amparo los trabajadores han logrado que se anule su despido y se les reponga en su puesto de trabajo, lo que ha supuesto abrir, al lado del proceso ordinario laboral –en el que puede impugnarse el despido “arbitrario” y el despido “nulo”– la vía procesal del amparo para objetar la validez del despido en los tres casos antes mencionados.

Como era previsible, la creación de esta doctrina jurisprudencial no ha sido pacífica y no han faltado quienes la cuestionan en duros términos, llegando, incluso, al extremo de acusar al Tribunal Constitucional de haberse apartado de su función y trasgredir la Constitución mediante una interpretación ideológica y no

fundamentado en otras sentencias– entre la vía ordinaria y la vía del amparo, al sostener que al resolver de esa manera “(...) no realiza en el presente caso una calificación de despido arbitrario en los términos establecidos por el artículo 67 del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, D.S.N° 05-95-TR, para que pueda discutirse si procede su reposición o la indemnización; sino la evaluación de un acto, el despido,, que eventualmente resulte lesivo de los derechos fundamentales”.

(26) STC N° 482-99-AA/TC, del 22 de julio de 1999. Vide en el mismo sentido, STC N° 555-99-AA/TC y STC N° 712-99-AA/TC, ambas del 4 de noviembre de 1999; también la STC N° 150-2000-AA/TC, de fecha 12 de julio de 2000. La STC N° 673-99-AA/TC, del 30 de setiembre de 1999, declaró fundada la demanda por considerar que el despido había violado el derecho a “la presunción de inocencia” del demandante y, por tanto, de forma conexa su “derecho al trabajo”.

jurídica de la misma⁽²⁷⁾. Interesa, por ello, analizar el fundamento jurídico por el cual mediante el proceso de amparo puede anularse el despido y reponer al trabajador, sin que esta forma de reparación del despido se encuentre establecida por la Constitución.

2. El amparo como régimen de protección procesal frente al despido lesivo de derechos fundamentales

Con el propósito de explicar la función del amparo como mecanismo de tutela del despido, la jurisprudencia del TC realiza una distinción entre dos regímenes de protección adecuada contra el “despido arbitrario” vigentes en nuestro ordenamiento: el uno “sustantivo” y el otro “procesal”⁽²⁸⁾. El primero tiene fundamento en el artículo 27 de la Constitución que establece el derecho del trabajador “a la protección adecuada contra el despido arbitrario” en los términos que otorgue la ley. En este caso, “(...) el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. (...) la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias”. En la misma sentencia, el TC concluye que “(...) el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales (...)”, cuando el trabajador cobra su indemnización o demanda judicialmente su pago, apoyando esta conclusión en el hecho de “(...) tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador (...)”, quien, de este modo “(...) decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización”. A partir de esta premisa la STC N° 976-2002-AA/TC concluye que el artículo 34 del D. Leg. 728 “(...) ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional”⁽²⁹⁾.

El otro régimen de protección, al que denomina “procesal” es aquel que “(...) en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de

(27) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Jurisprudencia Constitucional en materia de despido laboral”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*. Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2006, pp. 365-373. Afirma este autor: “En nuestra opinión, ha primado lo ideológico: la sentencia ha hecho que la Constitución y su aplicación queden adaptadas a lo que, según los miembros del Tribunal ‘debiera ser’ la norma constitucional. La tesis del TC, por cierto, es seductora y viene cuidadosamente arropada en una terminología brillante. Pero eso es ideología, no ciencia jurídica, ni doctrina constitucional”. (Ibídem, p. 368).

(28) STC N° 976-2001-AA/TC, f. j. 11.

(29) Ibídem, f. j. 12, a.2).

eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional⁽³⁰⁾.

La distinción terminológica no es teóricamente convincente pues, en primer lugar, toda protección contra el despido, al margen de cual sea la naturaleza del agravio a los derechos del trabajador, tiene lugar a través de un cauce procesal específico, sea este el ordinario o el constitucional, sin que por ello, pueda calificarse al primero como “sustantivo” y al segundo como meramente “procesal”. En la medida que nuestro ordenamiento laboral faculta al empleador para proceder al despido directo e inmediato del trabajador, la impugnación de dicho acto tiene carácter revisor y reparador del mismo, por lo que el proceso judicial constituye el cauce obligado para dicha revisión y, eventualmente, la reparación del despido⁽³¹⁾.

En segundo lugar, porque la posibilidad de acudir al amparo como cauce procesal para la impugnación de un despido, no depende, como lo expresa la sentencia, simplemente de la voluntad del trabajador de elegir entre la tutela resarcitoria o la restitutoria, sino de la naturaleza del agravio infligido a los derechos del trabajador. En el primer supuesto (régimen sustantivo) se agravia al derecho del trabajador a la protección frente al despido arbitrario, entendiendo por este a todo aquel que no se funde en una causa justa de despido; es decir, que la Constitución proscriba el despido arbitrario, pero habilita al legislador para establecer la “protección adecuada”, o medida reparadora, en caso de producirse, razón por la que, como lo indica la sentencia, si la ley opta por un sistema de protección basado en la tutela resarcitoria, esta no podrá calificarse como inconstitucional. Este supuesto obedece, en rigor, a la problemática de la “estabilidad laboral”, cuyo tratamiento legal, a su vez, depende de su consagración, o no, como derecho constitucional, materia en la que, como se sabe, existe una diferencia notoria entre la Constitución de 1979, que consagró tal derecho, y la de 1993, que únicamente reconoce la “adecuada protección contra el despido arbitrario”. Por consiguiente, lo que el TC denomina “régimen de protección sustantivo” se refiere, específicamente, a los mecanismos procesales habilitados para la protección contra el despido arbitrario, en los términos que se derivan del artículo 27 constitucional y del artículo 34 del TUO del D. Leg. N° 728, los cuales privilegian la tutela resarcitoria del despido, con la única excepción del “despido nulo”.

En cambio, en el segundo supuesto, para acudir al amparo será indispensable alegar y probar que el despido implica la violación de un derecho fundamental.

(30) *Ibíd.*, f. j. 12, b.2).

(31) Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en el Derecho Laboral peruano”. 3ª edición, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 491.

En otras palabras, solo está legitimado para interponer una acción de amparo aquel trabajador que sostenga que dicho acto lesiona sus derechos constitucionales, conforme al requisito general de procedencia de las acciones de garantía, previsto en el artículo 2 del CPCO, que limita su procedencia a los supuestos de violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, razón por la cual la sola voluntad del trabajador de optar por la tutela restitutoria, a través del amparo, resulta insuficiente si tal vulneración no se ha producido realmente. No obstante, y pesar de su equívoco terminológico, el TC ha precisado bien la función del amparo respecto al despido al expresar que “(...) en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales”⁽³²⁾.

No se trata, pues, de una protección “procesal”, en el sentido que la virtualidad de esta vía resida exclusivamente en la naturaleza restitutoria de su tutela, con independencia de los derechos para cuya protección ha sido concebida, sino de una vía procesal, basada en una sustantividad diferente, constituida por los derechos fundamentales, erigidos en factor deslegitimador de todo despido que los vulnera en cualquier forma. Por ello, por la vía del amparo no se plantea la cuestión de la “arbitrariedad” del despido, ante la ausencia de una causa legal que lo justifique, sino la de su “inconstitucionalidad” por la presencia en este, y como elemento determinante, de un móvil lesivo a los derechos fundamentales. Así, pues, en conclusión, el TC, aunque aludiendo, impropiamente, a un sistema de “protección procesal”, ha establecido, sin embargo, correctamente, la procedencia de la vía del amparo para la defensa del conjunto de los derechos fundamentales del trabajador frente a la lesión de aquellos por el despido.

De este razonamiento, se desprende, sin mayor dificultad, que las sentencias del TC –y de tribunales ordinarios– que, en vía de amparo constitucional, ordenan la reposición de trabajadores despedidos con violación de sus derechos fundamentales, no significan, como impropiamente han sostenido algunos, un retorno, por vía jurisprudencial, de la estabilidad laboral, trasgrediendo la Constitución la cual no ha previsto la reposición como reparación del despido arbitrario. Opinión relevante, en este sentido, es la de Pasco para quien: “El esquema de estabilidad laboral, que algunos llaman relativa, ha sido transformado en uno de estabilidad

(32) STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 13, b.2).

absoluta, no por un acto legislativo de reforma constitucional, sino por un conjunto de resoluciones del Tribunal Constitucional”⁽³³⁾.

La crítica es, a nuestro juicio, infundada, por varios motivos:

- a) En primer lugar, porque tales decisiones jurisprudenciales se han adoptado como resultado de aplicar a dichos despidos el test de constitucionalidad, del cual no puede ser excluido, a priori, ningún acto que afecte derechos de otras personas, tal como lo ha señalado el propio Tribunal al indicar que “(...) es evidente que una lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admite zonas de indefensión (...) y que siempre es permisible a un justificable la utilización de las acciones de garantía en defensa de sus derechos básicos, así como la actuación contralora y tuitiva del Tribunal Constitucional sobre dicha materia”⁽³⁴⁾. Por esta razón, el supremo intérprete de la Constitución puntualiza que: “Los derechos fundamentales, en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordenamiento en el que las lesiones o amenazas de violaciones de derechos se pudieran presentar”⁽³⁵⁾.

No existe, por consiguiente, fundamento constitucional alguno para excluir del examen de constitucionalidad las relaciones laborales, en cuyo ámbito pueden tener lugar actos lesivos de derechos fundamentales; por el contrario, pretender dicha exclusión es claramente inconstitucional.

(33) PASCO COSMÓPOLIS. “Jurisprudencia constitucional ...”. Ob. cit., p. 371. Agrega este autor: “El cambio no es trivial; implica, más bien, una trasmigración de un sistema laboral a otro: de un sistema de tendencia flexibilizadora y liberal, a otro de esencia proteccionista y garantista”. (Ibídem). De la misma opinión es Toyama Miyagusuku quien sostiene que “(...) en virtud de lo establecido en los artículos 22 y 27 de la Constitución no cabría una acción de amparo contra un despido sin expresión de causa, en tanto que la Constitución no recoge expresamente el derecho a la reposición ante un despido incausado”. (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La subsidiariedad en los procesos de amparo laboral”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*. Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales, Editorial Palestra, Lima, 2006, p. 402).

(34) STC Exp. N° 2409-2002-AA/TC, f. j. 1.b). El énfasis aparece en el original.

(35) STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 9. En la frase anterior esta sentencia expresa que “(...) por cierto, no se excluyen los problemas en materia de derechos constitucionales que se pudieran derivar de las relaciones entre empleadores y trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada”.

- b) En segundo lugar, porque la tutela del trabajador frente a un despido que vulnera sus derechos constitucionales no supone la restauración por vía jurisprudencial de la estabilidad laboral, si no la protección –y restitución⁰ de aquellos derechos. Al respecto, el propio TC ha precisado lo siguiente: “(...) el juez constitucional, en procesos como el presente, no puede conocer un proceso de calificación de despido arbitrario en los términos prescritos en la denominada Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...) sino solamente aquellos en los cuales el alegado despido, resulte eventualmente o no lesivo a derechos fundamentales de la persona humana” (STC Exp. N° 150-99-AA/TC).

En este sentido, la perspectiva desde la cual a través del amparo se protege al trabajador del despido es, exclusivamente, constitucional, pues, como lo afirma el TC, “(...) en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presentes en dicho despido” (STC N° 976-2001-AA/TC, f. j. 14); o, asimismo, porque “(...) la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51 de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra” (STC N° 976-2001-AA/TC, FJ.20).

Ello significa que el amparo solo procede como vía tutelar cuando el despido posee relevancia constitucional, –por afectar derechos constitucionales del trabajador–, pero no cuando tal relevancia no existe, en cuyo caso la impugnación del despido deberá tramitarse por la vía ordinaria para obtener la reparación que el legislador establezca en virtud de la facultad discrecional que le otorga el artículo 27 de la Constitución, la cual puede incluir o no la reposición del trabajador, pero en ningún caso excluir el derecho de este de acudir al proceso de amparo si considera que el despido viola sus derechos fundamentales, toda vez que este derecho se lo otorga directamente el artículo 200 de la Constitución.

- c) En tercer lugar, porque cuando por la vía del amparo se dispone la reposición del trabajador, esta forma de reparación del despido

es la que corresponde a la naturaleza de los procesos de garantía de los derechos fundamentales, razón por la cual es irrelevante que la Constitución no la mencione expresamente como medida de reparación del despido arbitrario, pues en este caso opera como la única forma de reparación del despido que lesiona derechos fundamentales.

Como ya antes de ha indicado, la finalidad de los procesos constitucionales de garantía consiste en proteger los derechos constitucionales lo cual se logra, según el artículo 1 del CPCO “(...) reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)”. Por consiguiente, por la vía del amparo lo que debe lograrse en caso de acreditar la lesión de los derechos fundamentales del demandante, es la “reposición” de su derecho afectado, esto es, una “tutela restitutoria” y no meramente “resarcitoria”, ya que esa es la forma de reparación inherente a los mecanismos procesales de protección de los derechos fundamentales, como lo indica Fix Zamudio⁽³⁶⁾.

Por ello, que la Constitución no prevea la reposición como reparación del despido arbitrario, no enerva, en modo alguno, que esta forma de reparación pueda otorgarse como el efecto necesario de una sentencia estimatoria de una demanda de amparo, cuya finalidad específica es la restitución a la persona afectada de sus derechos fundamentales vulnerados⁽³⁷⁾.

Desde esta perspectiva se advierte la insuficiencia del argumento que se utiliza para objetar la reposición del trabajador, el cual radica en sostener que al prever la ley el pago de una indemnización en caso de despido arbitrario y no la reposición, el Tribunal Constitucional ha trastocado la Constitución introduciendo, sin sustento alguno, la estabilidad laboral absoluta. En efecto, dicho argumento

(36) Al respecto, Fix Zamudio señala que la protección de los derechos fundamentales “(...) requiere un sistema protector en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales, y en todo caso, la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalentes (...). (FIX ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Editorial Civitas, Madrid, 1982, p. 49).

(37) Al respecto, en la STC Exp. N° 03971-2005-PA/TC, f. j. 4., el Tribunal Constitucional afirma que “(...) la protección adecuada a que se refiere el artículo 27 de la Constitución no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización, toda vez que debemos tener en cuenta que el propósito de los procesos constitucionales es la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...). Y, en la STC Exp. N° 0100-2002-AA/TC, precisa que: “En el ámbito del amparo, en efecto, el estado anterior al cual deben reponerse las cosas –tratándose de despidos– no es el pago de una indemnización, sino la restitución del trabajador en su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente” (f. j. 10).

descansa en una interpretación de la Constitución a partir de la ley, alterando la relación jerárquica entre estas dos fuentes de derecho, ante lo cual el Tribunal Constitucional ha señalado que: “Concluir en que la única alternativa a la que podría acogerse el recurrente es la indemnización a que se refiere el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, significaría incurrir en el absurdo de interpretar la Constitución de conformidad con la ley, cuando la actividad de este Colegiado (...) obliga exactamente a lo contrario, es decir, a interpretar la ley de conformidad con la Constitución”⁽³⁸⁾.

Las reflexiones aquí expuestas, nos llevan a plantear la necesidad de distinguir, en el plano terminológico, entre el despido “arbitrario” y el despido “lesivo de derechos fundamentales” como dos categorías diferentes, en lugar de pretender que la “protección contra el despido arbitrario” tiene lugar mediante dos regímenes, calificado el primero como “sustantivo”, –que se ajusta al desarrollo legal del artículo 27 de la Constitución y que prevé la indemnización como reparación del despido–, y el segundo como “procesal”, –que se sustancia mediante las acciones de garantía, específicamente el amparo, y que debido a la eficacia restitutoria de estas, produce la reposición del trabajador despido–. Conceptualmente la distinción consta en la jurisprudencia del TC cuando esta señala que en el proceso de amparo no se califica la arbitrariedad del despido, sino la eventual lesión mediante éste de los derechos fundamentales del trabajador, lo que significa que en esta vía procesal constitucional, solo es posible impugnar aquellos despidos que posean relevancia constitucional y no aquellos que carezcan de esta, los cuales deben ser revisados en la vía ordinaria laboral.

Por ello, parece conveniente, y, sobre todo, coherente con el desarrollo conceptual realizado por la jurisprudencia del TC, no seguir insistiendo en el uso de la expresión despido “arbitrario” para referirse a dos supuestos claramente diferentes, pues si bien, en un sentido lato, también es arbitrario el despido que agravia derechos fundamentales, en un sentido específico, solo lo es aquel que resulta injustificado ante la insuficiencia, ausencia de gravedad o falta de demostración de la causa justa invocada, reservando la expresión de “despido lesivo de derechos fundamentales” a aquel cuyo motivo real o forma de ejecución supone el agravio de los derechos constitucionales del trabajador.

(38) STC Exp. N° 1672-2003-AA/TC, f. j. 6. Con base en el razonamiento antes glosado, dicha sentencia concluye que “Ello impone, como no puede ser de otra manera, considerar que no puede ser aplicable al caso del recurrente el citado dispositivo legal, si es que este no otorga la opción reparadora que, por el contrario, sí le dispensa el proceso constitucional”. (Ibidem).

3. Los supuestos en que procede el amparo para la protección contra el despido arbitrario

Tras establecer, en general, la procedencia del amparo para la impugnación del despido cuando este vulnera los derechos constitucionales del trabajador, el TC precisa en qué supuestos de despido procede acudir a esta vía procesal constitucional. Así, señala que:

“De ahí que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (re-admisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: ...” (f. j. 15).

Tales casos, señalados en los literales a), b) y c) del fundamento jurídico 15 de la sentencia son: a) despido nulo; b) despido incausado; y c) despido fraudulento.

3.1. Despido nulo

Indica el TC que este supuesto es el regulado en el artículo 29 del Decreto Legislativo N° 728 (o LPCL), el cual se refiere a la necesidad de proteger los derechos “previstos en el inciso 2) del artículo 2, inciso 1 del artículo 26 e inciso 1) del artículo 28 de la Constitución” (f. j. 15, a).

Aún tras la entrada en vigencia del CPCO, el TC, afirma, sin ambages, su competencia para resolver la impugnación del despido nulo, no obstante que, como se ha explicado, existe un cauce procesal específico para ello en la vía judicial ordinaria, a través de la acción de nulidad de despido, la cual debe reputarse “igualmente satisfactoria” que la acción de amparo, pues aquella dispensa al trabajador la tutela restitutoria, es decir, su reposición. Sin embargo, el TC ratifica “(...) su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados”⁽³⁹⁾.

(39) STC del 28/11/2005 (Exp. N° 0206-2005-PA/TC). Precisa el TC, en la misma sentencia, que “cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente”.

De forma particular, el TC enfatiza su competencia para resolver las demandas de amparo en los supuestos de nulidad del despido referidos a la lesión de la libertad sindical, la discriminación y el despido por causa de discapacidad. Señala al respecto que “(...) los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos”⁽⁴⁰⁾. Respecto al despido discriminatorio sostiene que “los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que conforme al artículo 23 de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre”⁽⁴¹⁾.

Respecto al despido basado en un motivo discriminatorio, obsérvese que al enunciar los supuestos de discriminación, la fórmula del TC es más amplia que la del artículo 29 de la LPCL, al incluir la cláusula de apertura “o de cualquier otra índole”, la cual consta en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, pero que aquella norma legal omitió, lo cual permite impugnar mediante el proceso de amparo despidos discriminatorios no comprendidos en la normativa laboral. Finalmente, también considera que el proceso de amparo “(...) será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7 y 23 de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado”⁽⁴²⁾.

3.2. Despido incausado

Señala la STC que “Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, Exp. N° 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución y demás conexos”. (f. j. 15,b). Considera el TC que se produce el “despido incausado” cuando “Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique” (f. j. 15.b).

Cabe señalar que en la citada STC del 11/07/2002, el TC se pronunció, en vía de control difuso, sobre la inconstitucionalidad del artículo 34 de la LPCL, que permitía el despido incausado, sujeto al pago de indemnización. En ese fallo sostuvo que: “El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al

(40) STC del 28/11/2005 (Exp. N° 0206-2005-PA/TC).

(41) Ídem.

(42) Ídem.

trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional” (f. j. 12,a).

Asimismo, en la Resolución del 10 de setiembre de 2002, mediante la que se pronuncia sobre el pedido de aclaración de la anterior sentencia, formulado por la parte demandada, el TC afirma que “Telefónica del Perú ha efectuado la extinción de contratos de trabajo al amparo del artículo 34 ‘ab initio’, del Decreto Legislativo N° 728, sin motivar la causa del despido; hecho frente al cual este Tribunal considera que dicha parte del referido texto es inconstitucional por las razones expuestas en los considerandos de la sentencia y por la presente aclaración solicitada por la parte demandante” (f. j. 2.5,b).

El fundamento del “despido incausado” reside en la vulneración del “derecho al trabajo”, sobre cuya interpretación el Tribunal Constitucional se pronunció mediante la Sentencia N° 1124-2001-AA-TC, (11/07/2001), en cuyo fundamento N° 12 expresó que:

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; (...) El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”⁽⁴³⁾.

De este modo, el TC, consagró la interpretación amplia del “derecho al trabajo”, en virtud de la cual este se extiende a la protección del empleo, admitiendo la pérdida del mismo únicamente cuando medie una causa justa, legalmente establecida y debidamente comprobada. Conforme a esta concepción, el “derecho al trabajo”, incluye el denominado “principio de causalidad” cuando opera respecto del momento extintivo de la relación laboral, radicando en la exigencia del respeto a este la eficacia de aquel derecho.

(43) STC Exp. N° 1124-2001-AA-TC, f. j. 12.

A diferencia de lo que ocurre en la faceta colectiva del derecho al trabajo, que por su carácter programático o de aplicación diferida, no es exigible judicialmente, en su faceta individual, entendido como mecanismo de conservación del empleo, deviene un derecho de aplicación inmediata, judicialmente exigible, cuando es vulnerado por el acto arbitrario del empleador.

De otro lado, el artículo 27 de la Constitución prescribe que: “La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Este precepto se encuentra emparentado con el “derecho al trabajo” consagrado por el artículo 22 y, en cierta forma, se puede considerar derivado o tributario del mismo, en cuanto aquel, conforme se ha explicado, comprende el derecho a la conservación del puesto de trabajo, salvo que exista causa justa. En este sentido, el artículo 27 vendría a desarrollar o explicitar este aspecto del “derecho al trabajo” al proscribir el despido “arbitrario”, esto es aquel carente o desprovisto de causa justa.

Para la interpretación de esta norma, resulta igualmente necesario, como en el caso del artículo 22, recurrir al Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 7, inciso d) tiene directa conexión con el artículo 27 constitucional, por referirse ambos al despido.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 1124-2001-AA-TC ha señalado que:

“(…) no debe considerarse el citado artículo 27 como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una ‘facultad de despido arbitrario’ hacia el empleador. Por este motivo, cuando el artículo 27 de la Constitución establece que la ley otorgará ‘adecuada protección frente al despido arbitrario’, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional”⁽⁴⁴⁾.

Al realizar, en otro trabajo, el estudio del contenido esencial del artículo 27 he señalado que “(…) al ordenar al legislador que brinde al trabajador adecuada protección ‘contra el despido arbitrario’, el constituyente exterioriza una inequívoca voluntad proscriptora de esta clase de despido, razón por la cual la doctrina nacional coincide en opinar que la norma constitucional tiene como contenido

(44) Ídem.

mínimo la interdicción de la arbitrariedad del despido, y que, en tal sentido reconoce su carácter causal y la consiguiente invalidez del despido ad nütum, pero deja a criterio del legislador elegir entre la reposición o la indemnización, como medida reparadora del despido arbitrario”⁽⁴⁵⁾.

También he sostenido que la interpretación del artículo 27 no puede realizarse en forma separada y aislada del artículo 22, relativo al derecho al trabajo, en la medida que ambos preceptos se refieren a la misma materia y que, por ello “(...) el sentido que debe extraerse de la interpretación armónica de ambas, es el de la tutela del trabajador frente a todo despido que carezca de causa o motivo, pues esta circunstancia permite calificar el acto extintivo del empleador como contrario al ‘derecho al trabajo’ y genera el derecho del trabajador a ser protegido ante los efectos perjudiciales de dicha conducta antijurídica”⁽⁴⁶⁾.

Finalmente, al realizar la interpretación del artículo 27 conforme al Protocolo de San Salvador, considero que siguiendo dichos lineamientos “(...) se puede afirmar que la interdicción del despido ‘arbitrario’ contenida en el precepto constitucional, supone la exigencia de causa justa para el despido, o en otras palabras, que la causalidad del despido es una institución que tiene reconocimiento en el ordenamiento constitucional y que el legislador está obligado a respetar al normar sobre esta materia”⁽⁴⁷⁾.

Ciertamente, las normas constitucionales, en particular el artículo 27, no consagran un régimen específico de estabilidad laboral –absoluta o relativa– dejando a criterio del legislador esta opción, centrada –como se sabe– en definir la medida reparadora –reposición o indemnización– aplicable frente a un despido injustificado, entendiendo por tal aquel basado en una causa justa que el empleador no puede probar en juicio. Pero, en modo alguno, esta libertad de opción concedida por el constituyente al legislador respecto al régimen de estabilidad laboral, conlleva la posibilidad de eliminar la estabilidad misma mediante la supresión de la exigencia de una causa justa para la validez del despido.

Este criterio ha sido confirmado por el TC en la STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, en cuyo fundamento 15 precisa que “(...) la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos

(45) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El Despido ...”. Ob. cit., p. 148.

(46) *Ibidem*, pp. 150-151.

(47) *Ibidem*, pp. 151-152.

por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos⁽⁴⁸⁾.

Conforme a este criterio jurisprudencial, el despido del trabajador, basado exclusivamente en la voluntad de su empleador sin expresión de causa, es un despido nulo, por violatorio del derecho constitucional al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, razón por la cual procede la readmisión del trabajador en su empleo.

De este modo, la lesión del derecho al trabajo, o de otros derechos constitucionales, mediante el despido, legitima la vía del amparo como el cauce procesal idóneo para la tutela de aquellos derechos. Ello no significa –como erróneamente lo ha sostenido cierto sector de la doctrina, crítico de esta orientación jurisprudencial⁽⁴⁹⁾– restaurar por vía jurisprudencial la estabilidad en el empleo, porque respecto a la procedencia del amparo contra el despido, el TC ha precisado, con todo rigor, los límites dentro de los que debe operar, esta vía procesal, afirmando lo siguiente:

“Y es que, en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional, no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales⁽⁵⁰⁾.”

En el mismo sentido, distingue nítidamente la figura del despido “arbitrario”, –que tiene lugar cuando el empleador no prueba la causa justa alegada para despedir al trabajador– del despido que supone la lesión de derechos constitucionales: “(...) en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presente en dicho despido⁽⁵¹⁾.”

(48) STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 15.

(49) Vide PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Jurisprudencia constitucional ...”. Ob. cit.

(50) STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 13.b.2).

(51) *Ibidem*, f. j. 14.

En tal virtud, al ser el despido “incausado”, lesivo del “derecho al trabajo”, deviene inconstitucional y procede demandar su protección por la vía del amparo, toda vez, que esta no es posible –por las razones antes expuestas– mediante la acción indemnizatoria ni la de nulidad de despido. Por lo tanto, en este supuesto, no existe vía judicial ordinaria o especial para la tutela del derecho, motivo por el cual la única vía en que esta puede alcanzarse es la del amparo constitucional.

Este supuesto se configura, por lo tanto, cuando en la carta de despido se omite expresar la causa del mismo o cuando el despido se produce de hecho, ya sea de palabra o negando al trabajador acceso a su centro de labores.

3.3. Despido fraudulento

Este tercer supuesto, en que procede acudir al amparo para obtener la tutela restitutoria, se configura cuando: “Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad (...)” (f. j. 15.c).

EL TC vincula esta figura al despido “incausado” al sostener que: “En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo” (f. j. 15.c).

Sin duda, por ello, en este supuesto de despido, tampoco es posible, con objeto de obtener la tutela restitutoria –inherente a la reparación de un derecho constitucional– acudir a la acción indemnizatoria ni a la de nulidad del despido, en el primer caso porque aquella solo contempla el resarcimiento económico del perjuicio y no la restitución del derecho; y, en el segundo, porque el despido fraudulento no se encuentre previsto entre los motivos de “nulidad de despido” contemplados en la LPCL.

Recientemente, el TC ha precisado que: “En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indudablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o

duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos⁽⁵²⁾.

La exigencia de que el trabajador pruebe “fehaciente e indubitadamente” la existencia de fraude en el despido, resulta excesiva, por cuanto atribuye la carga de la prueba al trabajador, sin admitir una distribución racional y equilibrada de esta, a partir de la aportación por el demandante de indicios, conforme a los criterios de facilitación de la carga de la prueba, especialmente importantes en la nulidad del despido, recogidos en la normativa procesal laboral. Más aún, como se trata de un requisito de procedibilidad, dicha prueba “fehaciente e indubitabile” deberá aparecer del texto de la demanda y de la valoración inicial que realice el juez de las pruebas documentales ofrecidas en esta, es decir, antes de que se desarrolle propiamente el proceso, lo que, a nuestro juicio, supone un rigorismo excesivo, que desprotege al trabajador que es víctima de un despido fraudulento.

De otro lado, en el momento de adoptarse este criterio, remitir al trabajador a la vía judicial ordinaria, para que en ella demuestre el carácter fraudulento del despido, no configuraba solución alguna, pues en caso de tener el trabajador éxito en su actividad probatoria y, obtener, por tanto, una sentencia favorable, no podrá alcanzar, sin embargo, la protección efectiva, de naturaleza restitutoria, que dispensa el amparo, debiendo conformarse –en razón de la vía procesal a la que es obligado a acudir– con la de contenido resarcitorio, mediante la percepción de la indemnización por despido arbitrario, ello no obstante haberse comprobado el contenido fraudulento del despido. Esta absurda situación ha sido remediada recientemente al establecer la Corte Suprema el criterio conforme al cual en los supuestos de despido incausado y fraudulento, el trabajador puede acudir a la vía procesal laboral ordinaria.

A manera de conclusión, puede señalarse que, aún después de la entrada en vigencia del CPCO, la jurisprudencia del TC respecto a la procedencia de la acción de amparo en los supuestos de despido antes enumerados, conserva su validez, pues salvo el supuesto referido al “despido nulo”, cuando el despido se basa en alguno de los motivos taxativamente enumerados en el artículo 29 de la LPCL, en los supuestos de “despido incausado” –aunque este se base en el artículo 34 de la LPCL– y “despido fraudulento”, la “vía paralela” no existe, pues no es posible reclamar su tutela mediante las acciones laborales ordinarias, esto es, las de indemnización y nulidad del despido.

(52) STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC.

Para que no queden dudas al respecto, el TC, tras la entrada en vigencia del CPCO, ha sostenido que “(...) esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en su esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados”⁽⁵³⁾.

Más aún, el CPCO, en la enumeración de derechos constitucionales susceptibles de ser protegidos por la acción de amparo, modificando, en este sentido, la recogida en el artículo 24 de la Ley N° 23506, ha incluido, en el inciso 10 del artículo 37, el derecho “al Trabajo”, que es, precisamente, aquel que resulta vulnerado por el “despido incausado” y “fraudulento”, los que, como se ha expuesto, carecen de una vía procesal ordinaria para su tutela efectiva.

IV. LA PROCEDENCIA DE LA REPOSICIÓN EN LA VÍA LABORAL ORDINARIA

La reciente decisión del Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema en materia laboral⁽⁵⁴⁾, ha supuesto la habilitación de la vía procesal ordinaria para la impugnación del despido y demandar la reposición en los casos de despido “incausado” y “fraudulento”. De este modo, el referido pleno considera que la pretensión de reposición en estos supuestos no queda reservada, como hasta ahora, al proceso de amparo, sino que puede sustanciarse válidamente en el proceso laboral ordinario, con similares efectos a los que pueden obtener en el proceso constitucional.

(53) STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC.

(54) Acuerdo del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, adoptado en sesiones del 4 al 8 de mayo de 2012.

1. Los fundamentos de la decisión del Pleno Jurisdiccional

Para adoptar este nuevo criterio, el Pleno Jurisdiccional se basa en las siguientes consideraciones:

- a) El derecho del justiciable a la tutela jurisdiccional efectiva, conforme al cual afirma que “(...) no es válido afirmar que la eficacia restitutoria –entiéndase la reposición– de la impugnación de un despido, sea este incausado o fraudulento se restrinja únicamente a la jurisdicción constitucional, sino que es posible ordenarla en vía ordinaria laboral” (Tema O1, a).
- b) Que, los jueces “(...) son los primeros guardianes de la Constitución, cuyas normas fundamentales contiene el estatuto de protección laboral”.
- c) En el proceso laboral los justiciables no gozan de menores garantías procesales que en el proceso constitucional, sino que al ser un proceso más lato tienen mejores posibilidades de prueba y de argumentación.
- d) Que, conforme a la STC N° 1124-2001-AA/TC resulta inconstitucional restringir la reparación del despido sin invocación de causa únicamente a la indemnización, por lo que deviene posible, en sede judicial, “(...) ordenar la reposición de un trabajador quien haya invocado la existencia de un despido incausado o fraudulento (...)” (Tema O1, a), iv).

Adicionalmente, respecto a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 9497, se arguye como fundamento que el artículo 2, inciso 2, de esta norma señala que los juzgados especializados de trabajo son competentes: “En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única”. El Pleno conceptúa que el proceso abreviado laboral ha sido “(...) diseñado especialmente para la demanda de reposición, que se sustente en la afectación de un derecho fundamental (derecho al trabajo) que amerita una rápida protección y restitución” (Tema O1,b).

Más aún, respecto al proceso abreviado laboral, el Pleno sostiene que este proceso se erige, en relación con el proceso de amparo, como “vía igualmente satisfactoria” para los conflictos relativos al despido incausado o fraudulento, en los que la reposición del trabajador es la pretensión principal única, en razón de que: i) otorga un tratamiento “urgente” a la pretensión de reposición, con igual o mayor

celeridad procesal que el proceso de amparo, ii) otorga la misma medida reparadora: la reposición (tutela restitutoria), iii) se inspira en los principios de inmediación, concentración, veracidad, celeridad, economía procesal, y principalmente, oralidad y cuenta con un magistrado especializado, iv) se garantiza la doble instancia y el recursos de casación, v) existe una estación probatoria, vi) permite la conciliación entre las partes y vii) cuenta con medidas cautelares en particular la Medida Especial de Reposición Provisional prevista en el artículo 55 de la NLPT.

2. La ampliación de la figura del despido nulo

Una primera reflexión que suscita el acuerdo del Pleno Jurisdiccional es sí al habilitarse la vía procesal ordinaria para impugnar despidos incausados o fraudulentos, se está creando un cauce procesal distinto a los ya previstos en la propia LPCL o es posible reconducir dichos supuestos de impugnación del despido hacia uno de los cauces existentes.

Descartado que la impugnación del despido que tenga como pretensión la reposición del trabajador, puede encauzarse mediante la acción indemnizatoria, por su naturaleza de tutela resarcitoria, cabe entonces preguntarse si debe reconducirse aquella a la acción de nulidad del despido.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la nulidad de despido es la vía procesal ordinaria habilitada para impugnar el despido lesivo de derechos fundamentales. El hecho de que esta vía, en virtud al carácter restrictivo de la figura del despido nulo prevista en el artículo 29 LPCL, se encuentre limitada a la tutela de solo algunos de esos derechos y no al conjunto de los mismos, no niega su naturaleza como proceso establecido para la protección frente al despido cuando este no se sustenta en la existencia de una causa justa prevista legalmente, sino en la presencia en aquel de criterios o razones ilícitas, incompatibles con el respeto y/o el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, como tal y como persona. En tal sentido, la declaración de nulidad del despido es la condición sine qua non para que el juez ordene la reposición del trabajador como reparación a su despido. Si no hay nulidad no procede la reposición: dicho de otra manera, solo habrá reposición cuando el despido se declare nulo. Y esta calificación del despido solo tendrá lugar cuando se compruebe que la extinción de la relación laboral se ha basado en motivos ilícitos, que comportan la vulneración de derechos fundamentales del trabajo.

Desde este punto de vista, la comprobación de que el despido es incausado o fraudulento, conllevará necesariamente, en primer lugar, su declaración de nulo, debido a la vulneración del “derecho al trabajo” y como consecuencia de ello, el juez deberá disponer la reposición del trabajador.

Por ello, al admitirse la posibilidad de demandar en la vía procesal ordinaria la reposición alegando la existencia de un despido incausado o fraudulento, se produce, por vía jurisprudencial, la ampliación de la figura del despido nulo, superando los estrechos límites a los que estaba restringida a partir de los supuestos taxativamente enumerados en el artículo 29 de la LPCL. Tal ampliación no resulta de este modo forzada ni artificial, pues tan sólo se trata de extender el ámbito de una figura, –y del correspondiente cauce procesal– cuya naturaleza consiste en la tutela de los derechos fundamentales lesionados por el despido. No sería coherente, de este modo, crear una vía distinta para pretensiones que tienen la misma naturaleza y finalidad.

El propio pleno así parece entenderlo cuando en el texto del acuerdo referido a la Ley N° 26636 indica que los jueces de trabajo están facultados para conocer “(...) los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador en el centro de trabajo”.

Asumiendo esta perspectiva, podemos concluir que los supuestos de nulidad del despido contemplados en el artículo 29 de la LPCL, se amplían al despido incausado y al fraudulento y, consiguientemente, las demandas que se sustenten en cualquiera de estos supuestos, deberán ser tramitadas con arreglo a las normas sustantivas y procesales aplicables a esta clase de despido.

Ello supone, y esto es algo importante, que el plazo de caducidad para interponer la demanda será el de 30 días naturales establecido por el artículo 36 de la LPCL, interpretado por vía jurisprudencial en el sentido de no incluir los días de falta de funcionamiento del Poder Judicial⁽⁵⁵⁾.

Asimismo, la sentencia que declare fundado el despido, deberá ordenar, además de la reposición, el pago de las remuneraciones devengadas, desde la fecha del despido hasta la de su reposición, incluyendo los aumentos de carácter general otorgados en el centro de trabajo, así como el depósito de la Compensación por Tiempo de Servicios generada durante dicho periodo, y, de igual manera, el cómputo del tiempo de servicios transcurrido entre el despido y la reposición. Huelga decir que la solicitud de pago de las remuneraciones devengadas y la restitución de los demás beneficios anudados al mandato de reposición, no son incompatibles con la demanda de reposición como única pretensión principal, por cuanto no tienen esa condición sino la de pretensiones accesorias y, además, la propia LPCL (art. 40) ordena que el juez incluya en la sentencia estas reparaciones,

(55) Vid. Pleno Jurisdiccional Laboral 1999, Tema OI-99 Caducidad.

las cuales, incluso, antes que pretensiones accesorias se pueden considerar como parte integrante del mandato de reposición, pues este no se agota con la reincorporación física del trabajador en el empleo sino que comprende la restitución integral de la situación que este tenía antes de su despido.

3. La reposición en la vía laboral ordinaria y el proceso de amparo

¿El acuerdo del Pleno Jurisdiccional significa el fin de la impugnación del despido a través del proceso de amparo?

3.1. La configuración de una vía procesal ordinaria “igualmente satisfactoria”

Una primera impresión podría conducirnos a responder que, al habilitarse la vía ordinaria laboral para impugnar los inconstitucionales despidos incausados y fraudulentos y obtener en esta vía la tutela restitutoria mediante la reposición, resulta improcedente pretender lo mismo a mediante el proceso de amparo.

En efecto, el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional (CPCO) establece entre las causales de improcedencia de la Acción de Amparo que: “Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

A diferencia de su antecesora, la Ley N° 23506, el CPCO adopta la tesis de las “vías paralelas”, según la cual las acciones de garantía, salvo el hábeas corpus, tienen un carácter residual, heroico y extraordinario, por lo que solo proceden a falta de una vía ordinaria que sea capaz de brindar una protección idónea al derecho vulnerado. Es importante, en este sentido, destacar que la postergación del amparo y demás acciones de garantía –salvo el HC– en razón de la existencia de una vía ordinaria, no es absoluta sino que está condicionada a la presencia de determinados criterios objetivos, siendo el principal de estos el que la vía paralela resulte “igualmente satisfactoria” que el proceso de amparo para la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado.

Por ello, de la interpretación a sensu contrario, del inciso 2 del artículo 5, del CPCO, se debe concluir a favor de la procedencia del amparo constitucional cuando se demuestre que no existen “vías procedimentales, igualmente satisfactorias” para la tutela del derecho afectado, ya que de existir estas quedaría descartado recurrir a la acción de amparo para alcanzar la protección de ese derecho.

Tras la entrada en vigencia del CPCO el TC ha entendido que este modifica su propia competencia por este expresando que “(...) solo en los casos en que

tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate⁽⁵⁶⁾.

Y en lo que respecta específicamente a la impugnación del despido el TC ha sostenido que:

“(…) esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en su esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, **en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados**⁽⁵⁷⁾. (Resaltado agregado)

No obstante, la sola existencia de una vía procesal ordinaria en la que es posible alcanzar la tutela restitutoria (reposición) no implica que no sea posible pretender la misma clase de reparación para el despido mediante el proceso constitucional del amparo.

Ello es así, porque el proceso de amparo es uno diseñado específicamente para la tutela de los derechos fundamentales, caracterizado por la nota de proceso “urgente”, que se traduce en la sumariedad del mismo, dirigida a reponer al agraviado en el goce y ejercicio del derecho vulnerado. Al respecto, es interesante recordar la posición adoptada por el TC con relación a la posibilidad de impugnar el despido “nulo” mediante el amparo después de entrar en vigencia el CPCO. El

(56) STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC.

(57) Ídem.

TC, afirma, sin ambages, su competencia para resolver la impugnación del despido nulo, no obstante que, como se ha explicado, existe un cauce procesal específico para ello en la vía judicial ordinaria, a través de la acción de nulidad de despido, la cual debe reputarse “igualmente satisfactoria” que la acción de amparo, pues aquella dispensa al trabajador la tutela restitutoria, es decir, su reposición. Sin embargo, el TC ratifica “(...) su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados”⁽⁵⁸⁾.

De forma particular, el TC enfatiza su competencia para resolver las demandas de amparo en los supuestos de nulidad del despido referidos a la lesión de la libertad sindical, la discriminación y el despido por causa de discapacidad. Señala al respecto que “(...) los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos”⁽⁵⁹⁾.

Respecto al despido discriminatorio sostiene que “(...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que conforme al artículo 23 de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre”⁽⁶⁰⁾.

Estos pronunciamientos ilustran suficientemente la posición del TC, para quien la existencia de un cauce procesal específico para impugnar el despido “nulo” no afecta ni restringe su competencia para conocer estos casos en la vía del proceso de amparo, en atención al carácter de “urgencia” de este proceso y a la trascendencia en el ordenamiento constitucional de los derechos protegidos bajo la figura del despido nulo. No es difícil, por consiguiente, suponer que bajo este mismo criterio, se considere procedente continuar tramitando demandas de amparo que impugnan el despido “incausado” o “fraudulento”, a pesar de la habilitación para ello de la vía procesal ordinaria realizada por el Pleno Jurisdiccional.

(58) STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC). Precisa el TC , en la misma sentencia, que “(...) cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente”.

(59) STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC.

(60) Ídem.

En este sentido, la Corte Suprema refiriéndose al proceso abreviado laboral regulado en la NLPT, rehúsa equiparlo a la condición de “vía igualmente satisfactoria”, puntualizando, al respecto que:

“(…) debe precisarse que ello no convierte a esta vía procedimental en igualmente satisfactoria que el amparo constitucional para la tutela de los derechos fundamental del trabajo porque el legislador de la Nueva Ley Procesal del Trabajo no ha creado un proceso urgente con la misma naturaleza y envergadura que el proceso constitucional de amparo, sino que el presente es un proceso de cognición plena o de conocimiento, que tiene regulada la pretensión genérica de reposición, y que de esa manera queda a opción del litigante recurrir a esta vía, sin que por ello deje de encontrarse en el caso concreto habilitado el amparo constitucional” (Cas Lab N° 3979-2011-Tacna).

De este modo se puede concluir que el efecto del acuerdo del Pleno Constitucional consiste en otorgar al trabajador que es víctima de un despido incausado o fraudulento, la opción de impugnarlo ya sea en la vía procesal ordinaria o mediante el proceso de amparo.

3.2. Los límites de la ampliación del despido nulo

Hay que precisar que a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado, en varias ocasiones, que la vía del amparo se encuentra habilitada para la impugnación del despido únicamente en los supuestos en que este es incausado, fraudulento o nulo, dicha jurisprudencia también se ha pronunciado en casos ajenos a estos, es decir cuando el despido vulnera derechos fundamentales distintos al “derecho al trabajo” o a los tres derechos que subyacen al concepto legal del despido nulo (libertad sindical, interdicción de la discriminación y tutela jurisdiccional efectiva).

En efecto, podemos encontrar pronunciamientos del TC relativos a despidos en los que se han vulnerado otros derechos, como el derecho al debido proceso sustantivo (razonabilidad y proporcionalidad), al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones privadas, a la libertad de expresión y a la presunción de inocencia. En ninguno de estos casos, el TC sustenta su decisión en la vulneración específica del derecho al trabajo, sino en alguno de los derechos antes mencionados, aunque es verdad que al no poder invocarse el ejercicio de aquellos por el empleador como fundamento de la decisión extintiva, al no existir causa justa admitida por la ley, también resulta afectado, concurrentemente, el “derecho al trabajo”.

A través de las sentencias que invalidan despidos que vulneran cualquiera de los derechos mencionados, el TC se aproxima, en realidad, a un concepto constitucional de despido “nulo” que excede los estrechos márgenes del concepto legal previsto en el artículo 29 de la LPCL. Dado que estos supuestos de despido no encuadran estrictamente en las figuras del despido “incausado” o “fraudulento”, cuando el despido se sustente en la afectación de aquellos, la vía procesal que corresponda será la del proceso de amparo, a la espera de que la evolución de la jurisprudencia pueda incluirlas en el cauce procesal ordinario, tal como, por ejemplo, se ha planteado en el proyecto de la Ley General del Trabajo que adopta una noción amplia de la nulidad del despido que comprende todo aquel que lesione derechos fundamentales, cualquiera que estos sean.