

El despido arbitrario en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo y en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

Víctor Ferro Delgado

Profesor Principal de Derecho del Trabajo
de la Facultad de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica del Perú

I. INTRODUCCIÓN

La estabilidad laboral es, incontrovertiblemente, el derecho más polémico en nuestro ordenamiento laboral. Desde su instauración en 1970 por el gobierno militar de ese entonces, y hasta el presente, no ha dejado de provocar encendidas polémicas sobre sus ventajas y desventajas, sus alcances y sus efectos. Para los sectores empresariales, es cuestionable cualquier restricción en su prerrogativa de cesar en el empleo a quien se juzgue necesario, por estimarse que constituye una seria afectación al poder directivo del patrono, mientras que un mandato judicial de reposición es percibido como una vulneración a su capacidad de conducir el centro de trabajo en la forma que resulte más conveniente para la consecución de sus metas productivas. Para los sectores laborales optar entre reposición o indemnización ante el despido sin justa causa debe quedar librado a la decisión del trabajador, habida cuenta que el mercado sólo ofrece remotas posibilidades de obtener otro empleo.

Así, después de 33 años en que la estabilidad laboral pasó a formar parte de nuestro ordenamiento legal, seguimos inmersos en un debate que ha impedido arribar a consensos de largo aliento. No obstante, deben destacarse dos propuestas que han intentado soluciones racionales a este controvertido tema. Una de ellas estuvo representada por el anteproyecto de Ley General de Trabajo (LGT) y otra por el anteproyecto de reforma de la Constitución de 1993.

II. EL DESPIDO ARBITRARIO EN EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO

El anteproyecto de LGT, resultado del trabajo de un comité plural¹ designado por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, plantea la eliminación del despido incausado. Así, consagra el principio de causalidad para la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, en virtud de lo cual sólo procederá el despido cuando medie causa justificada vinculada con la capacidad o con la conducta del trabajador, o con las necesidades de funcionamiento de la empresa. De esta forma, el despido *ad nutum*, o también denominado despido arbitrario, previsto en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), esto es, aquel que no tiene otro sustento que la mera voluntad del patrono, quedaría eliminado del ordenamiento legal por afectar el principio de causalidad en referencia.

La reposición, empero, se mantiene circunscrita a los despidos particularmente odiosos o discriminatorios, conforme al esquema vigente en la LPCL, pero extendiéndose la calificación de despido nulo a todos aquellos que agraven derechos fundamentales. En caso de despido injustificado, entendido como aquel en el que el empleador no acredita la existencia de la causa justa invocada en la carta de despido, el resarcimiento queda limitado al pago de una indemnización tarifada.

La indemnización por despido injustificado ha sido fijada en tres tramos, divididos en función de períodos de ocho años, en la forma siguiente:

- Por los primeros 08 años: 45 días de remuneración por cada año completo de servicios, con un mínimo de 90 días.
- Por los siguientes 08 años: 30 días de remuneración por cada año completo de servicios.
- Por los siguientes 08 años: 15 días de remuneración por cada año completo de servicios.

Como se podrá apreciar, el primer tramo corresponde al segmento en el cual se ubica la mayoría de trabajadores. De esta forma, la indemnización se mantiene en el mismo nivel previsto en la LCPL para el grueso del personal dependiente. Repárese que conforme al régimen vigente –una remuneración y media ordinaria mensual por cada año de servicios con un máximo de doce remuneraciones- sólo son indem-

¹ El Comité estuvo integrado por los doctores Carlos Blancas, Víctor Ferro, Javier Neves, Mario Pasco y Alfredo Villavicencio, con la coordinación del Dr. Adolfo Ciudad, asesor, en ese entonces, de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República.

nizados los primeros ocho años de servicios, en que se alcanza el referido tope. Ello determina que trabajadores con una antigüedad mayor no reciben ninguna compensación adicional por los servicios prestados luego de los primeros ocho años. El anteproyecto intenta corregir esta situación planteando un segundo tramo de ocho años que igualmente deberá ser indemnizado, aunque con un menor monto, esto es, con el importe correspondiente a treinta días de remuneración, o un sueldo, por año de servicios. Seguidamente, se crea un tercer tramo en que igualmente corresponderá una indemnización, aunque reducida a quince días, o medio sueldo, por año de servicios. Así, se obtiene una media de un sueldo por año de servicios para quien sea despedido injustificadamente con veinticuatro años de servicios:

III. EL DESPIDO EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

El anteproyecto de reforma constitucional de los derechos laborales a ser incluidos en la carta magna tuvo una génesis inédita en nuestro medio: para su elaboración fueron convocados los actores sociales, esto es, delegados de la principal central sindical de trabajadores, (CGTP), del organismo de mayor nivel de representación de los empleadores, (CONFIEP), así como delegados acreditados del Congreso de la República, del Poder Ejecutivo y de una comisión de especialistas, quienes en su mayoría eran los mismos que habían elaborado el proyecto de LGT. Este grupo de trabajo así conformado arribó a un consenso sin precedentes en la tarea encomendada, planteando, en el tema que nos ocupa, el siguiente texto:

“El trabajo es un derecho y un deber, base del bienestar social y medio de realización de la persona.

El trabajo, en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado, en especial el de la madre y del menor de edad. El Estado erradica toda forma de trabajo prohibido por la ley.

El despido requiere de causa justificada señalada en la ley. En caso de despido injustificado el trabajador tiene derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación, en la forma prevista por la ley. Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución”

Quedaba así plasmada la exigencia de causalidad para el despido y se prevenían distintas formas de resarcimiento ante el despido injustificado, trasladándose a la

regulación infraconstitucional la determinación de los supuestos en los que correspondería la reposición, la indemnización, o alguna otra prestación. Empero, la nulidad de despido, y por ende, la reposición, resultaba procedente en todos aquellos casos en que se agraven derechos fundamentales.

La legitimidad de estas propuestas partía por reconocer que corresponderá al poder político, representado en el Congreso de la República, introducirlas en el ordenamiento jurídico a través de las modificaciones constitucionales y legales pertinentes. No podría ser de otra manera dada la implicancia y jerarquía de tales derechos.

IV. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional (TC) ha estimado que modificaciones sustanciales al régimen de despidos vigente en el país no requieren de una modificación constitucional ni una nueva ley sobre la materia porque considera que reinterpreta la Constitución vigente dichos cambios pueden llevarse a la práctica. Así, apartándose de los precedentes que consistentemente había expedido a lo largo de varios años, ha introducido una variación significativa en esta materia, la cual parece recoger algunos de los planteamientos contenidos en los dos anteproyectos antes referidos. De esta forma, el TC ha considerado que el despido incausado agrava derechos constitucionales, no obstante que, en innumerables oportunidades, ya había resuelto que en este supuesto el trabajador sólo tenía derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido, limitándose a la reposición a los supuestos de despido nulo.

V. LA DOCTRINA DEL TC EN MATERIA DE DESPIDOS

El TC ha emitido así un conjunto de sentencias que cambian radicalmente el régimen de despidos plasmado en el ordenamiento legal peruano. Cabe acotar que las más significativas tienen por común denominador el hecho que la parte demandada es Telefónica del Perú S.A.A.

Centraremos nuestro análisis en los siguientes fallos:

- Sentencia de fecha 11 de julio de 2002, Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Sindicato Únitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A y la Federación

de Trabajadores de Telefónica, y su aclaratoria de fecha 16 de setiembre de 2002);

- Sentencia de fecha 22 de agosto de 2002, Expediente N° 1001-2001-AA/TC (Jesús Mendieta y Ríos);
- Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, Expediente N° 976-2001-AA/TC (Eusebio Llanos Huasco).

De un análisis transversal de estos fallos pueden detectarse dos ejes centrales en la vinculación entre derechos constitucionales y despidos dispuestos por el empleador, en el sentido siguiente:

1. Es fundada la acción de amparo ante el despido incausado o arbitrario y ante el despido fraudulento, esto es, aquel que simula una renuncia o que adecuándose a aspectos formales, se basa en hechos notoriamente inexistentes, en falta no prevista por la ley o en un vicio de la voluntad.
2. La adecuada protección contra el despido arbitrario prevista en la Constitución admite dos vías para que el afectado haga valer el derecho: (i) una acción indemnizatoria ante la justicia laboral ordinaria, si se pretende una protección reparadora orientada al pago de la indemnización legal prevista para el despido injustificado; o, (ii) una acción restitutoria ante la jurisdicción constitucional a través de la acción de amparo.

Debe tenerse presente que en nuestro ordenamiento coexiste un régimen mixto de estabilidad laboral, conforme al cual se reconoce la estabilidad absoluta ante los despidos nulos y la estabilidad relativa para el resto de casos. En este orden de ideas, parecería ser que la innovación introducida por el TC se limita a ampliar los supuestos de estabilidad laboral absoluta a los casos de despido incausado o arbitrario y despido fraudulento.

De esta forma, un despido debidamente sustentado en causa justa señalada en la ley, cuya demostración esté razonablemente supeditada a la actuación de prueba, debería determinar la improcedencia de la acción de amparo porque en tal caso correspondería que el trabajador accione ante la justicia laboral ordinaria con el objeto de obtener, exclusivamente, la indemnización legal por despido ilícito².

² De la misma opinión es Blancas cuando afirma que la impugnación del despido que se produce con invocación de causa y respetando el derecho de defensa, debe sustanciarse en el procedimiento laboral, en cuyo caso, salvo que se trate de un despido nulo, el juez que declare fundada la demanda sólo puede disponer el pago de indemnización por despido. (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. En: El derecho al trabajo y el despido arbitrario. Artículo publicado en la revista *Ius et Veritas* N° 25).

Desde esta perspectiva, podría estimarse, aparentemente, que la innovación introducida por los fallos del TC, no sería tan radical ni excesiva.

Sin embargo, creemos que se justifica profundizar el análisis, tratando de desentrañar el real alcance de los criterios propuestos por el TC, máxime si las resoluciones en materia de hábeas corpus y amparo sientan jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de carácter general y lo resuelto en definitiva sirve como precedente para situaciones análogas³.

En la sentencia expedida el 11 de julio de 2002⁴ el TC estima que un determinado cese colectivo, implementado a través de despidos incausados, afecta dos derechos: (i) la libertad de sindicación; y, (ii) el derecho al trabajo; y, que a su vez, resulta inconstitucional el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL.

Cabe precisar que para ejecutar un cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, la LPCL prevé que el empleador deba recurrir a un procedimiento de terminación de la relación de trabajo por causa objetiva ante la Autoridad Administrativa de Trabajo y siempre que observe dos requisitos, cuales son, acreditar la causa objetiva invocada y afectar con la medida a no menos del 10% del total del personal de la empresa. Ceses colectivos de un porcentaje menor de trabajadores obligan al pago de la indemnización correspondiente al despido incausado, por cuanto la ley vigente no contempla que dicho procedimiento opere respecto de un menor número de trabajadores. Así, la lógica de la norma ha sido prevista en el sentido que si el cese colectivo abarca a menos del 10% de trabajadores, la empresa podrá afrontar el pago de la referida indemnización.

El pronunciamiento destaca la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales, a diferencia de otros sistemas, específicamente el español, en que la acción de amparo es residual y orientada contra actos de la administración, de manera que el litigante acciona en la vía ordinaria y sólo ante un fallo desfavorable puede recurrir a la acción de amparo, promoviéndola contra el Estado.

Analicemos la afectación de los derechos controvertidos:

i) Libertad Sindical:

Los trabajadores despedidos de la empresa eran afiliados a las organizaciones sindicales accionantes. Para el fallo, ello fue suficiente para concluir que el criterio

³ (artículo 9° 23506 y artículo 5° 25398 –leyes que regulan y complementan las disposiciones en materia de hábeas corpus y amparo).

⁴ Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 (Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica, y su aclaratoria de fecha 16 de setiembre de 2002.

de afiliación había sido determinante en los despidos. Repárese que la sentencia no desarrolló ningún otro raciocinio para determinar que los despidos en cuestión tuvieron por objeto la afectación de la libertad sindical, salvo el hecho que los despidos tenían la condición de personal sindicalizado.

Sin embargo, no puede soslayarse que si en una empresa la mayoría del personal es sindicalizado, es claro que despidos, con características de cese colectivo, van a afectar, mayoritariamente, a dicho personal. En todo caso, tendrían que haberse actuado diligencias específicas orientadas a determinar el porcentaje del universo de trabajadores regidos por el convenio colectivo –sindicalizados o no– respecto del porcentaje del personal sindicalizado, y así evaluar si los despidos del personal sindicalizado representaban un porcentaje notoriamente superior al que correspondía respecto del universo del total de trabajadores regidos por el convenio colectivo. Ello hubiera permitido definir si los despidos habían incidido, particularmente, en el personal sindicalizado. A su vez, tendrían que haberse aportado elementos de juicio concretos que permitan concluir que los despidos habían tenido por motivo afectar la libertad sindical y no sólo el hecho que el personal separado se encontraba sindicalizado.

Todo ello corrobora que era indispensable actuar prueba específica para acreditar la afectación del derecho a la libertad sindical, lo que nos permite arribar a dos conclusiones: (i) los elementos de juicio que el fallo indica haber tenido en cuenta son notoriamente insuficientes para concluir que es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido; (ii) el tema controvertido hacía indispensable la actuación de prueba específica por lo que la acción de amparo no era el medio idóneo, por carecer de estación probatoria, para dilucidar el derecho controvertido.

Más aún, de este fallo puede, en rigor, colegirse un mensaje contrario a la libertad sindical en sentido negativo (derecho a la no afiliación). En efecto, si el criterio, tal como está planteado en el pronunciamiento, es que basta que el despido se haya efectuado respecto de trabajadores sindicalizados para que la libertad sindical resulte afectada, en buena cuenta se está induciendo a la afiliación sindical a fin de acceder a una mayor protección contra el despido.

ii) Derecho al Trabajo:

El Tribunal conceptúa que este derecho se manifiesta en dos aspectos: (i) el derecho a acceder a un puesto de trabajo; y, (ii) el derecho a no ser despedido sin justa causa. Así, considera que el precepto contenido en el artículo 27° de la Cons-

titución —que consagra la adecuada protección frente al despido arbitrario- no puede entenderse como “*facultad de despido arbitrario por el empleador*”. De ahí que estime que vacía de contenido el derecho del trabajador a no ser despedido, salvo por justa causa, lo previsto en el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL, que establece que frente al despido arbitrario corresponde una indemnización como única reparación. Así, tacha este dispositivo de inconstitucional.

Cabe, primeramente, una delimitación de la referida inconstitucionalidad. Podría estimarse que, como quiera que los despidos materia de la controversia carecieron de causa, es este tipo de despidos los que el TC ha descalificado. Una segunda aproximación, aún más extrema, podría sostener que el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL califica como despido arbitrario, indistintamente, tanto a aquél que no ha expresado causa como al que expresándola, no ha podido ser demostrada en juicio. Así, incluso el despido basado en causa, pero no demostrada, resultaría inconstitucional, en cuanto la legislación prevé, para este supuesto, únicamente, la protección reparadora. Por cierto, esta última tesis enfrenta la insalvable dificultad que los despidos que se discutieron en esta litis fueron incausados, por lo que parecería un exceso concluir que la descalificación que hace el TC de estos despidos se extiende a aquellos que habiéndose sustentado en causa justa, ésta no pudo ser acreditada en el proceso. Por lo demás, conforme fuera posteriormente precisado por la sentencia del 13 de marzo de 2003,⁵ los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) se limitan a los supuestos de despido nulo, despido incausado y despido fraudulento.

VI. SENTENCIAS MANIPULATIVAS SUSTITUTIVAS

Siguiendo a Díaz Revorio, las sentencias manipulativas son aquellas en que el pronunciamiento modifica una parte del contenido normativo de una disposición⁶, ya sea en forma explícita o de manera implícita. Dentro de las sentencias manipulativas se ubican las sustitutivas, en las que un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, disponiéndose que la parte declarada inconstitucional sea sustituida por otra. En estas sentencias se distingue “*un aspecto ablativo (perfilo*

⁵ Sentencia Eusebio Llanos Huasco.

⁶ Díaz Revorio, Javier. La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Palestra Editores SRL Lima 2003. p. 207-208.

ablatorio), que produciría el efecto de crear un vacío normativo, acompañado de un efecto reconstructivo (profilo ricostruttivo) dirigido a llenar dicho vacío”⁷.

En este contexto, el TC ha estimado que, como quiera que el acotado artículo 34° “*establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización como única reparación. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha indemnización es incompatible con la Constitución...*”⁸, es claro, pues, que la sentencia ha sustituido una parte del texto legal, que declara inconstitucional, por considerar que en dicho supuesto corresponde reconocer la protección restitutoria.

En buena cuenta, el TC estima que a la legislación le ha faltado prever la protección restitutoria ante el despido incausado, y por ende, para ese supuesto, admite la readmisión en el empleo. Para ello, sostiene que ese tipo de despidos agravan derechos fundamentales y que por tanto resulta procedente reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho.

De esta forma, los fallos en referencia crean un vacío normativo y lo acompañan de un efecto reconstructivo, conforme a la definición de Díaz Revorio.

Las sentencias interpretativas aditivas⁹ y substitutivas de la legislación son objeto de serias críticas por parte de la doctrina. Se sostiene que invaden competencias al convertir al magistrado constitucional en legislador positivo, violentando así la división de poderes que es precisamente el sustento de la arquitectura constitucional¹⁰. Así, la interpretación constitucional no puede usurpar la actuación del poder constituyente. Tampoco puede sustituir la de los poderes constituidos, y en particular la que corresponde al Poder Legislativo, porque ello implicaría violentar ámbitos de competencia que la propia carta fundamental ha delegado en otro órgano constitucional¹¹. Más aún “*si la disciplina a adoptar frente a una omisión del legislador no deriva directamente de los preceptos constitucionales, existiendo*

⁷ *ibidem.* p. 230.

⁸ Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 (Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica).

⁹ Son las que sin incidir en el texto de una disposición legal amplían su contenido normativo permitiendo su aplicación a supuestos no expresamente contemplados. *Op. Cit.* Díaz Revorio. p.227.

¹⁰ *Op. Cit.* Díaz Revorio, Javier. p 396.

¹¹ Huerta Guerrero, Luis Alberto. En: *Derechos Fundamentales e interpretación constitucional.* Comisión Andina de Juristas. Lima, 1997. p. 46.

*una multiplicidad de soluciones, la intervención de la Corte invadiría la esfera de elección política del legislador...*¹²

En esta materia el Tribunal Constitucional español señaló que “*en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos*”¹³. Si bien la interpretación constitucional no puede sustraerse de cierto matiz ideológico, ello no puede ser considerado como fundamento de la interpretación de la Constitución¹⁴.

Trasladando estos conceptos a los pronunciamientos del TC, no puede obviarse que el ordenamiento establece una diversidad de reparaciones ante el despido, previendo la readmisión ante el despido nulo, y la reparación ante el despido injustificado y el incausado. La LPCL ha previsto, pues, protección reparadora y protección restitutoria en distintos supuestos, por lo que al existir una multiplicidad de soluciones no cabe que el TC invada la esfera de decisión política, descalificando lo que ha sido una opción legislativa ante un determinado tipo de despido, vale decir, la indemnización frente al despido incausado. El hecho que el TC considere que ante el despido incausado debería proceder la reposición, es una opinión plenamente respetable desde una perspectiva ideológica, pero se aparta de lo que corresponde a una interpretación jurídica.

A ello se agrega que no puede obviarse que, conforme al mandato contenido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En consecuencia, el TC estaba obligado a interpretar la protección contra el despido dentro del marco de las soluciones previstas por el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito en la ciudad de San Salvador y aprobado en el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448. Este instrumento consagra la estabilidad de los trabajadores en sus empleos y prevé que en caso de despido injustificado el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional. En consecuencia,

¹² Ibidem p. 427.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 11/1981 de fecha 8 de abril de 1981.

¹⁴ Op. Cit. Huerta Guerrero. p. 39.

no cabía sostener que la protección reparadora frente al despido arbitrario vacía de contenido el derecho al trabajo, porque ello no deriva directamente del precepto constitucional previsto en el artículo 27° (“*la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*”), cuando el legislador había previsto una multiplicidad de soluciones ante el despido ilícito, y éstas mantenían consistencia con instrumentos internacionales sobre derechos humanos que debían ser integradas a la interpretación constitucional.

El fallo de 11 de julio de 2002 sale al frente de las argumentaciones sustentadas en el referido Protocolo -y el Convenio 158 de la O.I.T. sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador- en cuanto ambos instrumentos reconocen a la indemnización como una forma válida de resarcir el despido injustificado. El TC ha considerado que dichos instrumentos, (en particular el primero de los nombrados, por cuanto es el único ratificado por el Perú) “*siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución ... ni mucho menos cuando ello conlleva el menoscabo del contenido esencial de los derechos constitucionales*”¹⁵.

A nuestro juicio esta argumentación incurre en gruesas inconsistencias. De una parte, ya hemos mencionado que opera una invasión de facultades legislativas cuando el magistrado constitucional sustituye lo que ha sido una opción del legislador (la indemnización), remplazándola por la readmisión, que no estaba contemplada para el caso específico (despido incausado).

A ello se agrega que, efectivamente, corresponde a un axioma de las normas laborales internacionales que éstas consagran mínimos susceptibles de ser mejorados por el derecho nacional o por las propias partes. Sin embargo, resulta cuestionable que corresponda a la jurisprudencia constitucional arrogarse la facultad de mejorar instrumentos internacionales, máxime si las disposiciones constitucionales involucradas deben ser interpretadas de conformidad con los tratados internacionales sobre esta materia que expresamente admiten la reparación indemnizatoria ante el despido.

Tanto el despido arbitrario como el despido injustificado son formas no válidas de terminación del contrato de trabajo, que por ende el ordenamiento sanciona. Ergo, deben ser reparadas y para ello los instrumentos internacionales en referen-

¹⁵ Sentencia de fecha 11/07/02 (Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica).

cia prevén dos vías: (i) la reparatoria (la indemnización); y, (ii) la restitutoria (la reposición), ambas igualmente válidas, pero el Tribunal Constitucional ha descalificado que el despido arbitrario pueda ser reparado a través de la indemnización, porque estima que ello vacía de contenido el derecho al trabajo. Como queda dicho, el TC considera que corresponde al contenido esencial del derecho al trabajo el no ser despedido sin justa causa. Empero, lo que en rigor corresponde a un salto dialéctico en el raciocinio del TC es concluir que el despido incausado o arbitrario determine, necesariamente, la opción restitutoria y no así la indemnizatoria.

La tesis adoptada por el TC, de pretender que se vacía de contenido el derecho al trabajo por limitar la reparación de los despidos incausados a la opción indemnizatoria, es, más bien, como queda dicho, una de contenido ideológico e invasora de la esfera que el propio ordenamiento constitucional reconoce al legislador.

VII. CARÁCTER ALTERNATIVO DEL AMPARO

El TC destaca que a diferencia del ordenamiento español o argentino, el proceso de amparo previsto en nuestro ordenamiento es alternativo y no residual (en que primero se debe acudir a vía ordinaria y sólo después al amparo). No puede obviarse que esta opción normativa es excepcional por cuanto en países tales como Estados Unidos, Alemania, España y Argentina, el procedimiento de amparo es vía residual *inter privatos*, esto es, que prima el concepto de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales.

Señala el TC que, antes que actuar pruebas, el juez debe juzgar sobre la legitimidad o ilegitimidad constitucional del acto sobre el cual se reclama. Estima que la protección de derechos fundamentales se extiende a toda órbita en que éstos pueden ser vulnerados, incluso en la relación laboral, en virtud de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales¹⁶.

El TC considera que la adecuada protección contra el despido arbitrario prevista por el artículo 27° de la Constitución admite dos perspectivas: (i) sustantiva; y, (ii) procesal.

¹⁶ El TC sustenta esta tesis en lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado” y en el artículo 200°, inc. 2 de la acción: “la acción de amparo ... procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier ... persona.

i) Sustantiva, en base a dos vertientes:

- **Protección preventiva.**- Orientada a evitar el despido a través del ejercicio del derecho de defensa por parte del trabajador.
- **Protección reparadora.**- Destinada a compensar patrimonialmente el despido arbitrario. Precisa que esta protección es compatible con la Constitución si el trabajador hace efectiva la indemnización, o alternativamente, acciona en la vía laboral ordinaria reclamando su pago. Por ello considera que la indemnización ante el despido injustificado, conforme prevé el Protocolo de San Salvador, no es inconstitucional.

ii) Procesal, la cual admite dos tipos de acción:

- **Acción indemnizatoria.**- Vinculada a la protección reparadora por vía de la justicia ordinaria.
- **Acción restitutoria.**- A través de la acción de amparo, en la que no se discute sobre la causa justa de despido, sino que éste tenga por motivo determinante un acto ilícito que conlleve la violación de un derecho constitucional.

La acción restitutoria procederá ante: (i) el despido nulo, conforme a los supuestos previstos en la LPCL; (ii) el despido incausado, esto es, el arbitrario o sin expresión de causa; y, (iii) el despido fraudulento, entendido como aquél que se basa en hechos notoriamente inexistentes, o por faltas no previstas en la ley, o mediante “la fabricación de pruebas”, o cuando media engaño o se produce la extinción de la relación laboral a través de un vicio de la voluntad. Todo ello, considera el TC, resulta equiparable al despido incausado.

Sin embargo, resulta meramente aparente considerar que existen dos vías procesales y alternativas para accionar contra el despido. En rigor, si una vía permite la reposición y el pago de remuneraciones devengadas -o de una indemnización por el daño sufrido (el TC y la Corte Suprema aún difieren sobre esta materia)- y la otra vía sólo permite acceder a una indemnización tarifada por la ley, es de suyo evidente que la primera resultará la opción preferente de los accionantes. En buena cuenta, la tesis del TC equivale a pretender que a los sectores laborales la estabilidad laboral absoluta y la relativa les resulta equivalente¹⁷. Así, la pretendida alter-

¹⁷ Con la misma lógica, aunque de manera inversa, Blancas señala que de consistir las medidas reparadoras en el pago de una indemnización compensatoria del despido incausado, ya sea.../

nativa indemnizatoria pasa a ser meramente teórica, y -en un lenguaje caro al TC- vaciada de contenido real por su notorio desbalance respecto a la acción restitutoria que concede el amparo.

El efecto de ello es una ostensible *amparización* del derecho del trabajo. De ahí que desde la expedición de los fallos que venimos comentando, es ostensible que la mayoría de los litigios vinculados a despidos se promuevan a través de acciones de amparo -a cargo de jueces civiles- con la consiguiente pérdida de especialización en la administración de la justicia laboral. Así, no son extraños fallos de jueces civiles que evidencian desconocimiento de criterios básicos en materia de nociones básicas de derecho del trabajo¹⁸. A su vez, son cada vez más frecuentes las acciones de amparo que invocan despido fraudulento, esto es, que el despido se ha basado en hechos notoriamente inexistentes. Así, se constata desconcierto en los pronunciamientos que las instancias inferiores vienen expidiendo bajo esta sustentación en la medida que al carecer de estación probatoria, la acción de amparo no resulta ser la vía idónea para obtener certidumbre procesal sobre las afirmaciones de las partes. Esta situación acarrea relevantes consecuencias: el trabajador que opte por el amparo invocando despido fraudulento y no logre infundir certeza en el magistrado, previsiblemente obtendrá resultados adversos en el proceso y paralelamente habrá incurrido en la imposibilidad de acceder a la indemnización a través de la justicia laboral ordinaria porque habrá transcurrido el plazo de caducidad de 30 días naturales.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Son, pues, diversos y preocupantes los efectos que los recientes fallos del TC han ocasionado. Sin embargo, debe reconocerse que el TC ha sabido enmendar

/... porque no se reconoce al trabajador una acción para la reinstalación o reposición, o porque existiendo ésta la opción final se deja a criterio del empleador -lo que en la práctica se traducirá, en la mayoría de los casos en el abono de la reparación económica- debemos hablar de una *estabilidad relativa*. Blancas Bustamante, Carlos. El despido en el derecho laboral peruano. ARA Editores Lima 2002. p. 96.

¹⁸ A modo de ejemplo, la Resolución recaída en el expediente 1244-2002 de fecha 18 de octubre de 2002 emitida por la Quinta Sala Civil, que declaró fundada una acción de amparo por considerar que si a un trabajador se le descuenta los días de inasistencia al trabajo y además se le despide por abandono del trabajo, ello importa la aplicación de una doble sanción, y por ende le corresponde la reposición.

criterios cuando la opinión pública le ha hecho notar lo errado de algún pronunciamiento^{19 20}.

Confiamos que, igualmente en estos casos, el TC rectifique su criterio y comprenda que no corresponde a la esfera de su actuación constitucional la modificación de la legislación que ha venido rigiendo en el país, en particular, en un tema tan polémico como el régimen de despidos, reconociendo así que corresponde a la opción que la nueva Constitución adopte, y al desarrollo legislativo que se confiera a este derecho, la introducción de modificaciones en el régimen de estabilidad laboral vigente en el país.

¹⁹ Sentencia de fecha 6 de agosto de 2002 recaída en el expediente 156-2001-AA/TC en la acción promovida por Rosa Medina Pantoja y sentencia de fecha 18 de junio de 2003 recaída en el expediente 189-2002-AA/TC en la acción promovida por Carlos Maldonado Duarte.

²⁰ Sentencia Jesús Mendieta y Ríos y sentencia Eusebio Llanos Huasco que tuvieron resultados contradictorios. En estos dos casos el empleador despidió a dos trabajadores por la misma falta grave cometida con ocasión de los mismos hechos: habían exigido que el hostel en la cual se alojaban por cuenta de su empleador les otorgue una factura sobrevalorada. Luego de la vista de la causa, la empresa acompañó a los autos la carta por la cual el dueño del hostel le había denunciado el hecho. En la primera acción de amparo la vista de la causa se produjo el 22/08/02 y la sentencia se expidió en la misma fecha, pero fue notificada en febrero de 2003, esto es, seis meses después, declarándose fundada. En la segunda acción de amparo, declarada infundada, la vista de la causa fue el 21/08/02 (un día antes que la anterior) y la sentencia fue de fecha 13/03/03, y notificada el 07/04/03, (tres semanas después). Debe presumirse que ante las críticas recibidas por el primer fallo (un despido debidamente causado y no acreditado en juicio igualmente originaba la reposición), el TC optó por cambiar de criterio, sin decirlo expresamente, y para ello meritúa un documento que en ambos casos había sido presentado después de la vista de la causa y antes de la sentencia. Así, recurre al expeditivo argumento de indicar como fecha de la sentencia la misma que correspondía a la vista de la causa y que notifica seis meses después, mientras que en el segundo procedimiento indica que el referido documento fue presentado después de que se expidiera la sentencia correspondiente al primer procedimiento.