



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Ferro, Víctor

La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal
Constitucional

Derecho PUCP, núm. 68, diciembre-junio, 2012, pp. 471-494

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656142021>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

The protection against dismissal in the evolution of the Constitutional Court jurisprudence

VÍCTOR FERRO*

Resumen: El presente trabajo parte por analizar los esquemas de estabilidad laboral recogidos en las Constituciones de 1979 y 1993, con el fin de advertir la evolución de la protección otorgada por el ordenamiento constitucional frente al despido ilícito y su plasmación legal en modelos de tutela restitutoria (reposición) o resarcitoria (indemnización). Seguidamente, se evalúan las opciones que sobre esta materia recogen los tratados internacionales suscritos por el Perú para luego tratar la evolución de la jurisprudencia constitucional. Así, se examinan pronunciamientos en que la tutela restitutoria estuvo inicialmente orientada a proscribir el despido que agravió derechos fundamentales, para luego analizar fallos recientes en los que se concede dicha tutela frente al despido injustificado, configurándose, por esta vía, un modelo de estabilidad laboral distinto al establecido por la Constitución de 1993.

Palabras clave: Constitución de 1993 – estabilidad laboral – protección – despidos – reposición – tutela restitutoria – indemnización – tutela resarcitoria – Tribunal Constitucional – Protocolo San Salvador – derechos fundamentales – razonabilidad y tipicidad

Abstract: This paper is based on the analysis of the job security schemes embodied in the Constitutions of 1979 and 1993, so as to point out the evolution of the protection granted by the constitutional system against unlawful dismissal and the legal application thereof to the models of restitutory protection (reinstatement) or compensatory protection (indemnification). Then, an analysis is made with respect to the options covered in this field by the international treaties executed by Peru and the evolution of different constitutional case law. Thus, judgments in which restitutory protection was initially oriented to outlaw the dismissal that violates fundamental rights are examined, in comparison to recent rulings in which such protection is granted against unlawful dismissal, resulting in a labor stability model different from the one set forth by the 1993 Constitution.

Keywords: 1993 Constitution – job security – protection – dismissals – reinstatement – restitutory protection – indemnification – compensatory protection – Constitutional Court – San Salvador Protocol – fundamental rights – reasonableness and legal description

* Profesor principal de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.- I. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993.- II. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.- III. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN EL CONVENIO OIT 158 Y LA TUTELA RESTITUTORIA Y RESARCITORIA.- IV. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 DESDE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU PROTOCOLO ADICIONAL, PROTOCOLO DE SAN SALVADOR.- V. EL DESPIDO ARBITRARIO A TRAVÉS DE SUS DISTINTAS VARIANTES: EL DESPIDO INCAUSADO Y EL DESPIDO INJUSTIFICADO.- V.1. EL DESPIDO INCAUSADO Y LA LÓGICA JURÍDICA EN LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (CASOS: COSSIO TAPIA, FETRATTEL, LLANOS HUASCO Y BAYLÓN).- V.2. RECEPCIÓN DE LOS CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA JUSTICIA LABORAL ORDINARIA.- V.3. LA INCONSISTENCIA DE LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CASOS DE PERSONAL DE DIRECCIÓN O CONFIANZA.- V.4. EL RÉGIMEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS (CAS).- V.5. LA INCERTIDUMBRE RESPECTO DEL DESPIDO DEL PERSONAL CON JORNADA MENOR A CUATRO HORAS.- VI. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL LUEGO DEL CASO BAYLÓN.- VI.1. FALTA DE TIPICIDAD: EXAMEN DE LA FALTA GRAVE O CALIFICACIÓN DEL DESPIDO.- VI.2. FALTA DE PROPORCIONALIDAD, RAZONABILIDAD Y/O AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO SUSTANTIVO.- VII. DESPIDO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

INTRODUCCIÓN

La regulación de la extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador es, claramente, el tema más polémico en nuestro sistema de relaciones laborales. La mayor o menor eficacia del ámbito de protección ante el despido ilícito, la tutela resarcitoria, que indemniza al trabajador, o la tutela restitutoria, que determina la reposición en el empleo, han sido aspectos cruciales de las relaciones laborales que han polarizado las posiciones de empleadores y trabajadores.

Desde su instauración en la década del setenta, en que se estableció la denominada estabilidad laboral absoluta, hasta los esquemas flexibles de contratación temporal implementados en nuestro ordenamiento en los años noventa conjuntamente con la regulación de la estabilidad laboral relativa, es ostensible que los interlocutores sociales no han llegado a consensos básicos sobre los aspectos centrales de este derecho.

Para el sector laboral, las posibilidades de despido deberían encontrarse rigurosamente limitadas en la legislación, acentuándose la tutela restitutoria a opción del trabajador. Para el sector empresarial, cualquier restricción a su prerrogativa de extinción unilateral del vínculo laboral constituye una afectación a la libertad de empresa con el consiguiente perjuicio a su capacidad de organización del centro de trabajo. Se cuestiona, a su vez, que la reposición constituye un cumplimiento

473

LA PROTECCIÓN
FRETE AL
DESPIDO EN LA
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONALTHE PROTECTION
AGAINST
DISMISSAL IN
THE EVOLUTION
OF THE
CONSTITUTIONAL
COURT
JURISPRUDENCE

forzoso de una obligación de hacer —lo que entraña una inconsistencia jurídica— y se destaca que el esquema predominante en el derecho comparado corresponde a la denominada estabilidad relativa. Se afirma, igualmente, que derechos laborales rígidamente plasmados en la ley solo se aplican a un número escasamente significativo de la población económicamente activa y de ahí que incentiven la informalidad.

La plasmación del derecho a la estabilidad laboral en un determinado ordenamiento exige, a su vez, que otros institutos jurídicos sean desarrollados de manera consistente. En efecto, carecería de eficacia un firme derecho a la conservación del empleo, si, paralelamente, la ley no limitase la contratación modal a supuestos de causalidad objetiva. De no ser así, es previsible que el empleador opte por la contratación modal de corto plazo y que recurra al expeditivo recurso de no renovar el contrato de trabajo cuando desee extinguir la relación laboral, evitándose con ello la justificación y acreditación de su decisión extintiva. Paralelamente, la existencia de un régimen de la estabilidad laboral obliga a que la subcontratación, a través de mecanismos de tercerización o intermediación laboral, opere bajo supuestos de excepcionalidad o causalidad. De otro modo, el empleador optaría por recurrir a contratistas para que le suministren personal, el cual, a su vez, sería contratado a plazo fijo, con la salvedad que la no renovación del contrato sería formalmente ejecutada por el contratista, pero ordinariamente decidida por la empresa principal. Más aun, esta incluso podría prescindir del contratista, y con ello generar la desvinculación del personal, cuando lo que en realidad estaría implementando es un cese colectivo de los trabajadores destacados a su centro de trabajo.

Por análogas consideraciones, la limitación en el período de prueba, la contratación a tiempo parcial y el mecanismo de cese del personal de dirección y confianza son objeto de regulación particular, precisamente porque suele estimarse que en tales escenarios la estabilidad laboral debe operar de manera particular.

I. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN LAS CONSTITUCIONES DE 1979 Y 1993

El derecho a la estabilidad laboral tiene sus raíces en el principio de continuidad de la relación laboral que consagra el derecho del trabajador a permanecer en el empleo. Como señala Horacio de la Fuente, el derecho a la estabilidad laboral consiste en una garantía jurídica para la conservación del empleo, pudiendo variar el modo o la forma con la que se protege este derecho y, por ende, su eficacia¹. Pasco, por su

1 DE LA FUENTE, Horacio. *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*. Buenos Aires: Víctor López de Zavala, 1976, p. 19.

parte, define a la estabilidad laboral como «la garantía de continuidad y permanencia del vínculo laboral, mientras subsista la causa que le dio origen y no sobrevenga causa legalmente justificada para su extinción»². De ahí, pues, que existen distintas vías conforme a las cuales opera la estabilidad en el empleo a lo largo de la relación laboral, identificándose una estabilidad de entrada y otra de salida, cada una, a su vez, con distintos subesquemas.

Así, la estabilidad laboral de entrada erige una primera barrera de protección destinada a la conservación del empleo con base a la preferencia por la contratación a plazo indefinido, mientras que la contratación temporal será regulada en vía de excepción y limitada a supuestos demostrables objetivamente. Una segunda protección consistirá en la determinación del período adquisitivo del derecho a la estabilidad laboral a través de la regulación tanto del plazo del período de prueba como de los casos de exoneración del mismo.

A ello se agregan limitaciones en la contratación indirecta de personal, conforme a las cuales, en caso de desnaturalización de los supuestos legales aplicables, se reputará que la relación laboral de los trabajadores involucrados debe entenderse con la empresa principal.

Por su parte, la estabilidad laboral de salida se configura como una garantía destinada a limitar la capacidad extintiva del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. La eficacia de la protección prevista por el ordenamiento estará conectada con las consecuencias que se generen en caso que el trabajador sea objeto de un despido ilícito, respecto del cual podrá operar la tutela restitutoria, también denominada estabilidad absoluta, o la tutela resarcitoria, también denominada estabilidad relativa. Recogiendo el esquema planteado por Ermida, la estabilidad absoluta será aquella que considere nulo el despido sin causa y por ende determine la reincorporación del trabajador³. En cambio, la estabilidad relativa concederá eficacia al despido sin justa causa, extinguiendo el vínculo laboral sobre la base del pago de una indemnización. Esta variante es la que cuenta con recepción predominante en el derecho comparado.

La promulgación de la Ley de Fomento del Empleo, aprobada por el decreto legislativo 728 del año 1991 (LFE), introdujo una modificación sustancial en el modelo de estabilidad laboral absoluta vigente hasta ese entonces en el Perú.

Dentro de las modificaciones más destacadas, cabe notar la variación del esquema de estabilidad laboral de salida, al otorgar al despido

2 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. «Estabilidad en el empleo y contratación precaria». En *Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Puebla: noviembre de 1987, pp. 37-76, p. 39.

3 ERMIDA URIARTE, Óscar. *La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia?*. Montevideo: Acace, 1983, p. 31.

incausado o injustificado eficacia extintiva de la relación laboral. De esta forma, la tutela restitutoria resultó limitada a supuestos de despidos discriminatorios vía la calificación de la nulidad del despido por la justicia laboral ordinaria. Así, el legislador optó por la predominancia de la estabilidad relativa, mientras que la estabilidad absoluta quedaba reservada a despidos particularmente odiosos.

Con la promulgación de la Constitución de 1993, el derecho a la protección contra el despido es trasladado del capítulo de Derechos Fundamentales —en el que lo ubicaba la Constitución de 1979— al capítulo relativo a los Derechos Sociales y Económicos. Conforme a este esquema, el artículo 22 de la Constitución establece que el trabajo es un deber y un derecho; para luego señalar en su artículo 27 que «la ley otorgará adecuada protección contra el despido arbitrario». De esta forma, respecto a la protección contra el despido, el constituyente efectúa una reserva de ley y, como bien señala Blancas, «el citado artículo 27° podría catalogarse más bien como un derecho de configuración legal, que es aquella categoría de derechos previstos por las Constituciones en los que la posibilidad del ejercicio de derecho se hace pender de un necesario desarrollo legislativo»⁴.

Cabe destacar que tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) asumieron pacíficamente que la adecuada protección prevista por el marco constitucional se encontraba adecuadamente recogida por la LFE, la cual, conforme ya se adelantó, preveía la reposición o tutela restitutoria en los casos de nulidad de despido, esto es, despidos discriminatorios, mientras que la tutela resarcitoria operaba para los demás casos. No obstante, como veremos más adelante, este esquema fue modificado en el año 2002 como resultado de un significativo cambio de criterio por parte del TC.

En resumen, pues, el régimen de protección contra el despido en nuestro ordenamiento es uno de consagración constitucional pero de configuración legal, habida cuenta que el constituyente optó porque sea la ley la que desarrolle el alcance efectivo de este derecho y la tutela aplicable al mismo.

II. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El derecho a la estabilidad laboral como mecanismo de protección frente a la voluntad extintiva de la relación laboral por parte del empleador ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales.

4 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 544.

Así, mediante la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 —aprobada por el Perú mediante resolución legislativa 13282 del 15 de diciembre de 1948— se proclama no solo el derecho al trabajo sino la necesidad de contar con un régimen de protección: «Art. 23. Toda persona tiene *derecho al trabajo*, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la *protección* contra el desempleo»⁵.

Análogamente, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) —aprobado por el Perú mediante el decreto ley 22129— dispone lo siguiente: «Art. 6. Los Estados Parte del presente Pacto reconocen *el derecho a trabajar*, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y *tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho*»⁶.

Sobre este aspecto, Canessa señala que, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se ha pronunciado en el sentido que los Estados deben prever «adecuadas salvaguardas que le facilite a cualquier trabajador que se sienta injustificadamente despedido poder apelar o pedir una imparcial revisión judicial o de un órgano independiente sobre su caso»⁷.

En el ámbito regional europeo, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea establece lo siguiente:

Art. 1. Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos: acceso al empleo, *protección contra el despido* y reinserción profesional⁸.

De lo expuesto surge que tanto el derecho al trabajo como la protección contra el despido cuentan con firme reconocimiento en diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, cabe destacar que los mismos no establecen un esquema especial de tutela contra el despido, vale decir, una opción resarcitoria (estabilidad relativa) o una opción restitutoria (estabilidad absoluta). De ahí que se advierta que tales opciones dependerán del modelo constitucional y legal establecido en cada ordenamiento, sin perjuicio que su análisis e interpretación deberá adecuarse a los instrumentos internacionales correspondientes.

5 Las cursivas son nuestras.

6 Las cursivas son nuestras.

7 CANESSA MONTEJO, Miguel. «La protección contra el despido en el Derecho Internacional». En: OJEDA AVILÉS, Antonio & otros. *Temas Centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI*. Lima: ARA Editores, 2009, pp. 291-309, p. 293.

8 Las cursivas son nuestras.

III. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO EN EL CONVENIO OIT 158 Y LA TUTELA RESTITUTORIA Y RESARCITORIA

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuenta con diversos instrumentos relativos a limitar la voluntad extintiva de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, en los cuales se constata como común denominador la exigencia de la causalidad del despido, conforme precursoramente ya preveía la recomendación 119 adoptada el 26 de junio de 1968. Posteriormente, en 1982 el Convenio OIT 158 sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador, es estructurado sobre la necesidad de que la terminación de la relación de trabajo se fundamente en causa justificada. Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) señaló que «al adoptarse este principio (de causalidad del despido) el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización»⁹. Repárese que la indemnización a que alude la CEACR estaría referida a la que correspondería por omisión del pre aviso en mención y no así a la tutela resarcitoria que podría resultar de un despido ilícito por incausado.

En efecto, en lo que se refiere a las consecuencias derivadas de un despido injustificado, el artículo 10 del referido convenio expresamente señaló:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

De esta forma, el Convenio OIT 158 establece claros lineamientos para la protección contra el despido estableciendo la tutela restitutoria (reposición) como la opción preferente destinada a la cautela del derecho al trabajo, mientras que la tutela resarcitoria (indemnización) operará en defecto de la anterior conforme haya sido regulada por la legislación nacional. Así, y aun cuando se otorgue preferencia a la readmisión en el empleo, el artículo 10 del Convenio OIT 158 preserva la posibilidad de que el ordenamiento establezca distintos tipos de reparación frente al despido, entre los que se incluye la tutela resarcitoria.

477

LA PROTECCIÓN
FRENTE AL
DESPIDO EN LA
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

THE PROTECTION
AGAINST
DISMISSAL IN
THE EVOLUTION
OF THE
CONSTITUTIONAL
COURT
JURISPRUDENCE

⁹ COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES (CEACR). *Informe sobre la protección contra el despido injustificado*. Ginebra, 1995, p. 76.

IV. LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 DESDE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU PROTOCOLO ADICIONAL, PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

La Constitución de 1993 consagra que el trabajo es un deber y un derecho, además de ser base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22 capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos). Según Neves, este artículo admite una acepción genérica y otra específica:

De este modo, en su acepción genérica se entenderá que la Constitución ha consagrado un derecho de preceptividad aplazada, dado que para ser exigido necesita un desarrollo infraconstitucional; mientras que, en la específica, tiene carácter de preceptividad inmediata, siendo exigible por el solo texto constitucional¹⁰.

Asimismo, puede inferirse que el derecho al trabajo, previsto en el artículo 22 de la Constitución de 1993, también consagra el derecho a conservar el empleo, toda vez que al ser el derecho al trabajo la base del bienestar social de la persona, el modelo de estabilidad laboral de salida limitará la voluntad extintiva del empleador.

Ahora bien, el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario previsto en la Constitución de 1993, sea en la modalidad de despido *ad nutum* (aquel que solo se basa en la voluntad del empleador) o el despido injustificado (aquel cuya causa no se demuestra en juicio), se previó igualmente como un derecho de preceptividad aplazada, derivando a la ley el establecimiento del correspondiente régimen de tutela.

De este modo, pues, el modelo de protección frente al despido arbitrario previsto en la LFE no resultaba *per se* contrario al mandato constitucional, no obstante que admitía el despido incausado, pero lo sancionaba con el pago de una indemnización. En efecto, la LFE había establecido dos mecanismos de protección frente al despido ilícito, al disponer, de modo general, una tutela restitutoria para los despidos nulos —aquellos que obedecían a motivos discriminatorios— mientras que para los demás operaba la tutela resarcitoria, esto es una reparación económica. En otras palabras, se erigió un modelo dual de estabilidad laboral relativa para los despidos ilícitos por injustificados e incausados; y de estabilidad laboral absoluta para los despidos ilícitos por nulos.

10 NEVES MUJICA, Javier. «Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho a la Estabilidad en el Trabajo». *Derecho & Sociedad* (revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), 17 (2001), pp. 24-26, p. 25.

Ahora bien, corresponde evaluar si los modelos de estabilidad laboral adoptados por el Perú, como mecanismo de protección frente a la voluntad extintiva del empleador, cumplen con los parámetros fijados en los tratados internacionales de protección de los derechos humanos sobre la materia. Como ya se ha visto, los instrumentos internacionales analizados consagran el derecho al trabajo, pero no disponen una única alternativa, exclusiva y excluyente, respecto a las medidas reparadoras o de protección contra el despido ilícito. Sin embargo, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) ambos ratificados por el Perú, sí se proclamaron parámetros específicos para la protección del derecho al trabajo al mismo tiempo que se le reconoce como un Derecho económico social y cultural.

En particular, en lo relativo al derecho al trabajo y a la protección contra el despido, el Perú quedó obligado a lo dispuesto en el Protocolo de San Salvador:

Art. 7.– Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo

Los estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo [...] supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, para lo cual dichos estados garantizarán en sus legislaciones nacionales de manera particular:

[...]

d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. *En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional*¹¹.

Ciertamente, desde el 16 de noviembre de 1999, en que el Protocolo de San Salvador alcanza el número de ratificaciones necesario para entrar en vigor, forma parte del ordenamiento legal peruano, conforme a lo expresamente señalado por el artículo 55 de la Constitución vigente.

En consecuencia, el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario, consagrado en el artículo 27 de la Constitución y desarrollado por vía legislativa en el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), quedó además configurado dentro de los alcances previstos en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador. En efecto, conforme a la cuarta disposición final

11 Las cursivas son nuestras.

de la Constitución «las normas relativas a los derechos de las libertades que la Constitución reconocen se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». De ahí que los modelos de reparación frente al despido ilícito por injustificado, incausado o nulos, previstos en la LPCL, y en su antecedente la LFE, resultaban compatibles con los lineamientos y obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano por la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y del Protocolo de San Salvador.

V. EL DESPIDO ARBITRARIO A TRAVÉS DE SUS DISTINTAS VARIANTES: EL DESPIDO INCAUSADO Y EL DESPIDO INJUSTIFICADO

Como ha quedado señalado, la Constitución de 1993 estableció una reserva de ley respecto a la adecuada protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, la jurisprudencia del TC ha jugado un rol protagónico en la configuración del régimen de estabilidad laboral en el país, al haber calificado de inconstitucional el despido *ad nutum* previsto en la LPCL respecto del cual la ley había previsto únicamente la tutela resarcitoria. A su vez, el TC ha clasificado los despidos arbitrarios o ilícitos en incausados, fraudulentos o nulos. Por esta razón, cabe efectuar una revisión de las principales sentencias sobre las cuales se ha construido el actual régimen en materia de despidos.

V.1. El despido incausado y la lógica jurídica en los criterios del Tribunal Constitucional (Casos: Cossio Tapia, Fetratel, Llanos Huasco y Baylón)

El primer antecedente relevante sobre esta materia corresponde al caso Cossio Tapia (expediente 1112-98-AA/TC) en el cual el TC, acertadamente, hace la precisión de que no realizaría una calificación del despido en los términos de la LFE sino que verificaría si el despido lesionaba un derecho fundamental. En este supuesto, corresponderá otorgar la cautela restitutoria en razón que el proceso constitucional de amparo importa reponer las cosas al estado anterior a la afectación del derecho fundamental. En este proceso, el TC estimó que en la medida que en la carta de imputación de falta grave no se cumplió con identificar los hechos que fundamentaban la falta, se había lesionado el principio de tipicidad y, por ende, su derecho de defensa que son aspectos constitutivos del derecho al debido proceso. En consecuencia, señaló:

la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo a los derechos constitucionales [...] trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo

22 de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad.

Luego, con fecha 11 de setiembre de 2002, y mediante la sentencia recaída en el caso Fetratel (expediente 1124-2001-AA/TC), el TC determina la incompatibilidad del despido incausado (previsto en el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL) con el derecho al trabajo (consagrado en el artículo 22 de la Constitución). El TC estimó que el derecho constitucional a la adecuada protección contra el despido resulta desconocido cuando por vía legislativa se admite el despido incausado, lo cual atenta contra el contenido esencial del derecho al trabajo entendido como el derecho a no ser despedido si no es por justa causa. Más aun, el TC señaló que la postura adoptada constituye un nivel de protección superior al consagrado en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador.

Posteriormente, mediante sentencia del 13 de mayo de 2000 expedida en el caso Eusebio Llanos Huasco (expediente 976-2001-AA/TC), el TC consolidó su criterio al establecer que ante el despido incausado el trabajador puede optar por la vía restitutoria, la cual, vía el proceso de amparo, le permite su reposición en el empleo.

Sin embargo, como hemos mencionado en otro trabajo¹², dicho criterio resultaba controversial toda vez que tanto el despido incausado como el injustificado resultan igualmente ilícitos. Por ende, no parece consistente concluir —en la línea del criterio del TC— que procede la readmisión ante el despido incausado y no así en el injustificado.

Lo cierto, sin embargo, era que el esquema de protección frente al despido vigente en nuestro país (pago de la indemnización en los casos de despido injustificado e incausado; y reposición en los casos de despido nulo) superaba perfectamente, a nuestro entender, un control de convencionalidad, conforme al cual las normas internas deben ser interpretadas con base a las obligaciones internacionales asumidas por el Perú a raíz de la suscripción del Pacto de San José de Costa Rica y el Protocolo de San Salvador.

Sobre este particular, cabe traer a colación la sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano y otros *versus* Chile, en que se señaló

cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella [...] En otras palabras, el Poder Judicial

LA PROTECCIÓN
FRENTE AL
DESPIDO EN LA
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

THE PROTECTION
AGAINST
DISMISSAL IN
THE EVOLUTION
OF THE
CONSTITUTIONAL
COURT
JURISPRUDENCE

12 Ver FERRO DELGADO, Víctor. «Unificación de la doctrina jurisprudencial laboral y constitucional». Ponencia presentada en el II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). Arequipa: SPDTSS, noviembre de 2006.

debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por esta razón, estimamos que al analizar la constitucionalidad de las disposiciones de la LPCL con la Constitución, el TC debió concluir que el modelo de protección previsto en la ley era compatible con el modelo dispuesto en el Protocolo de San Salvador, en cuanto este instrumento admite la reposición o la indemnización, según haya sido así previsto en las legislaciones nacionales.

Seguidamente, al clasificar los despidos arbitrarios por ilícitos en nulos, incausados y fraudulentos, el TC acotó que estos despidos resultaban lesivos al derecho constitucional al trabajo, por lo que se encontraban viciados de inconstitucionalidad. A su vez, el TC señaló que mediante el proceso de amparo no se efectúa una calificación del despido arbitrario en los términos de la LPCL, esto es, si procede la reposición o la indemnización, sino la evaluación en sí misma de si el despido resulta lesivo de los derechos fundamentales.

Luego de la masificación de los procesos de amparo en materia laboral (el neologismo más adecuado parece ser el de «amparización» de los reclamos laborales en materia de despido), se promulga el Código Procesal Constitucional, que estableció que dicho proceso tiene naturaleza residual. Posteriormente, a través de la sentencia recaída en el caso César Antonio Baylón Flores, expediente 206-2005-AA/TC, el TC pasa a establecer con carácter de precedente vinculante determinadas reglas para la procedencia del amparo: solo procederán las demandas de amparo en materia laboral que se sustenten en despidos nulos, incausados o fraudulentos, en caso que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. A su vez, el TC precisó que el proceso de amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido cuando se trate de hechos controvertidos o, cuando existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de mayores elementos probatorios.

No obstante, y como veremos más adelante, el TC no se viene sujetando a su propio precedente vinculante, habida cuenta que en diversos fallos dispone la readmisión en el empleo con base a la ponderación de la causa justa del despido.

V.2. Recepción de los criterios del Tribunal Constitucional en la justicia laboral ordinaria

Los fallos del TC y en particular el precedente vinculante emitido en el caso Baylón Flores (expediente 0206-2005-PA/TC) ya han tenido eco en

sede de la justicia laboral ordinaria. En efecto, en el fundamento jurídico 5 de la sentencia recaída en el expediente Baylón, el TC señaló que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios, quienes incluso están facultados a aplicar el denominado control difuso conforme establece el artículo 138 de la Constitución.

Así, con base a dicho criterio, en sede ordinaria ya se ha adoptado postura respecto a la admisión a trámite de demandas de despido fraudulento destinadas a obtener la tutela restitutoria, a pesar que con base a lo señalado en el artículo 34 de la LPCL, y a lo prescrito en la Ley Procesal del Trabajo, en la vía laboral ordinaria solo cabe la reposición en los casos de nulidad de despido por las causales prescritas en el artículo 29 de la LPCL y la indemnización en todos los demás casos. Dicho en otros términos, el cuestionamiento de un despido presuntamente fraudulento ante la justicia laboral ordinaria solo podría recibir el tratamiento de un proceso de impugnación de despido y, por ende, acceder a la tutela resarcitoria y sin embargo ya vienen surgiendo criterios que admiten la tutela restitutoria en esta vía jurisdiccional.

En efecto, y no obstante la limitación legal antes acotada, mediante Acuerdo de Sala Plena de Chiclayo del 6 de junio de 2009 se ha adoptado el acuerdo de conceder tutela restitutoria frente al despido fraudulento tramitado en la vía ordinaria; e, igualmente, el 19 Juzgado Laboral de Lima (expediente 0028-2007) ha declarado fundada una demanda por despido fraudulento ordenando la reposición del trabajador. Si bien puede estimarse que tanto el acuerdo como el fallo judicial comentado son consecuentes con lo señalado por el TC, no puede dejar de señalarse que este hecho conduce a un derrotero evidente, esto es, el paulatino restablecimiento de un modelo de estabilidad laboral no recogido en la Constitución pero que surge como resultado de los criterios emanados de los pronunciamientos del TC. En efecto, bastará con invocar la existencia de un despido fraudulento —lesivo al derecho constitucional al trabajo conforme al criterio del TC— para que se desplacen los mecanismos de protección contra el despido previstos en la LPCL, esto es, el pago de la indemnización por despido injustificado, para dar paso a la reposición.

V.3. La inconsistencia de los fallos del Tribunal Constitucional en casos de personal de dirección o confianza

El TC declaró contrario a la Constitución el marco de protección previsto por el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL contra los despidos incausados, respecto de los cuales la LPCL prevé el pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido

a consecuencia del despido. Sin embargo, respecto del personal de dirección y de confianza, se valida el despido por retiro de confianza sin que medie otra justificación y se establece que, para dichos casos, la adecuada protección consiste en el pago de la indemnización por despido.

El TC ha considerado que «los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, con la realización de sus fines, y con su dirección, administración, entre otras actividades» (Sentencia del TC 2358-2005-PA). En consecuencia, la pérdida de confianza constituye motivo suficiente para que opere la extinción del vínculo laboral. Así, el TC, ha señalado:

16. [...] si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado (expediente 0351-2006-PA/TC).

Debe hacerse notar que, ciertamente, la LPCL no ha previsto una causal de extinción del contrato de trabajo por pérdida de confianza, sino que esta resulta de la interpretación jurisprudencial del TC, sin que en este supuesto resulte exigible señalar una causa justa de despido. En términos prácticos, el TC no considera en este caso que el despido *ad nutum* resulte lesivo al contenido esencial del derecho al trabajo desarrollado en su jurisprudencia y, por ende, admite la exclusión de una categoría de trabajadores, no obstante que sus pronunciamientos enarbolan que la causalidad del despido integra el núcleo duro del derecho constitucional al trabajo.

V.4. El régimen del Contrato Administrativo de Servicios (CAS)

La exigencia de causalidad de despido, que a juicio del TC surge del derecho del trabajo consagrado en el artículo 22 de la Constitución, adopta un contraste llamativo cuando se trata de definir el mecanismo de protección contra el despido que corresponde a los trabajadores sujetos al régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios en el sector público. En efecto, para estos casos, el TC convalida que un trabajador pueda ser despedido sin expresión de causa con cargo al pago de la indemnización por despido. Más aun, sostiene que este régimen sustantivo reparador de eficacia resarcitoria es compatible con el derecho a la adecuada protección contra el despido prescrito en el

artículo 27 de la Constitución (literal c. del fundamento jurídico 7 de la sentencia del TC 03819-2009-AA).

Así, pues, resulta revelador que los criterios protectores esgrimidos por el TC sean, por lo menos, dialécticos con relación a lo establecido en el caso Fetratel. No parece, pues, consistente que una amplísima categoría de trabajadores comunes (ya no de dirección o confianza) se encuentre fuera del ámbito de protección del núcleo duro con el que se pretende configurar al derecho al trabajo, esto es, a no ser despedido sin justa causa. En buena cuenta, conforme al criterio del TC, los trabajadores del CAS están excluidos del contenido esencial del derecho al trabajo que en otros pronunciamientos del mismo TC propugnan.

LA PROTECCIÓN
FRENTA AL
DESPIDO EN LA
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

THE PROTECTION
AGAINST
DISMISSAL IN
THE EVOLUTION
OF THE
CONSTITUTIONAL
COURT
JURISPRUDENCE

V.5. La incertidumbre respecto del despido del personal con jornada menor a cuatro horas

La LPCL dispuso que para la configuración del derecho a la estabilidad laboral de salida, esto es, el derecho a que el despido deba estar fundamentado en una causa justa relacionada a la capacidad o conducta, el trabajador debe laborar cuatro o más horas diarias para un mismo empleador (artículo 22 de la LPCL). Con ello, la LPCL no reconoce efectos resarcitorios ni restitutorios a los trabajadores que cumplen jornadas inferiores a cuatro horas diarias y que hayan sido objeto de un despido sin expresión de causa.

Empero, con base en el criterio del TC respecto a la inconstitucionalidad del despido *ad nutum*, debería concluirse igualmente que tales despidos lesionan el contenido esencial del derecho del trabajo, por lo que, de promoverse una demanda de amparo, el trabajador afectado podría obtener la reposición en su puesto de trabajo, a pesar de que la misma LPCL no estableció dicho mecanismo de protección. Es, pues, previsible que aquí podría surgir también un nuevo supuesto de reposición en el empleo, no previsto en la legislación respecto de los trabajadores que prestan servicios a tiempo parcial.¹³

VI. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL LUEGO DEL CASO BAYLÓN

Como ya se precisó en el caso Baylón, el TC estableció determinadas reglas de procedencia del proceso de amparo en materia laboral, limitando el conocimiento de las causas a los casos de despidos nulos, incausados y fraudulentos. Estableció así que el amparo no será la vía idónea en aquellos casos que se cuestione la causa justa de despido, o cuando se requiera la actuación de una intensa actividad probatoria

¹³ *Ibidem*, p. 481.

para determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la causa justa de despido.

Sin embargo, a pesar de que dichas reglas fueron establecidas a través de un precedente vinculante de observancia obligatoria, el TC se aparta frecuentemente de su propio precedente sin pasar a establecer uno nuevo, con todo lo que ello implica en materia de seguridad jurídica. Así, en los hechos se evidencia, cada vez con mayor frecuencia, que el TC efectúa el análisis que correspondería al juez laboral ordinario llamado a pronunciarse respecto a la justificación del despido. Para ello, el TC recurre a calificar como despido fraudulento lo que en rigor correspondería a un despido injustificado por causa no acreditada en el proceso, o procede a sustentar su pronunciamiento en que el despido adolece de falta de tipicidad, proporcionalidad o debido proceso sustantivo, no obstante que no se evidencie afectación a derechos fundamentales.

VI.1. Falta de tipicidad: examen del la falta grave o calificación del despido

En diversos pronunciamientos, el TC ha otorgado la calificación de despido fraudulento a aquellos despidos cuya causa imputada por el empleador no ha sido demostrada en juicio, no obstante que en otros fallos ha sido enfático en puntualizar que en la vía de amparo no se realiza una calificación del despido. En efecto, el TC procede a evaluar si los hechos imputados por los empleadores se subsumen en las faltas graves tipificadas en el artículo 25 de la LPCL, para que, en caso contrario, estime que ha existido una infracción al principio de tipicidad y, por ende, que el despido califica como fraudulento.

Diversas sentencias evidencian dicha posición. En la sentencia del TC 05185-2009-AA/TC se discutió si la falta de entrega por parte de la trabajadora de los certificados de incapacidad temporal para el trabajo (CITT), que a pesar de de los reiterados requerimientos de su empleador la trabajadora no cumplía con presentar —impidiendo así al empleador recuperar de Essalud el subsidio por incapacidad que le venía abonando a lo largo de varios meses— constituía un incumplimiento de obligaciones de trabajo que implican el quebrantamiento de la buena fe laboral, disposición de bienes del empleador y reiterada resistencia a órdenes del empleador, a que se refiere el inciso a) del artículo 25 de la LPCL (caso Escudero Vigil). Al respecto, el TC señaló:

EJ. 6 (...) [...] corresponde evaluar si los hechos imputados se subsumen en las faltas tipificadas en los incisos a) y c) del artículo 25° del D.S. 003-97-TR, imputadas a la demandante.

[...]

10. [...] es válido concluir que, en el presente caso, la demandante ha sido objeto de un despido fraudulento porque los hechos imputados no están previstos legalmente como faltas graves [...]. Con este proceder la demandada ha inobservado el principio de tipicidad, el cual limita la potestad de las entidades en el marco de la aplicación de sanciones.

En la sentencia del TC 02893-2009-AA/TC, se discutió el despido de una trabajadora por haberse ausentado tres días consecutivos a su centro de trabajo, previsto en el inciso h) del artículo 25 de la LPCL. Al respecto, en los fundamentos jurídicos 3 y 5, el TC indicó lo siguiente:

3. Conforme a lo señalado en el fundamento anterior, a la demandante se le imputa haber faltado injustificadamente 3 días [...] lo cual contraviene lo dispuesto por el artículo 25.h del Decreto Supremo 003-97-TR, que establece como causa justa de despido «el abandono del trabajo por más de tres días consecutivos».

[...]

5. En el presente caso [...] queda acreditada la configuración de un despido fraudulento, razón por la que procede estimar la demanda, al haberse vulnerado el derecho al trabajo en agravio de la demandante, porque nunca abandonó su puesto de trabajo por más de tres días consecutivos para que sea despedida válidamente.

A su vez, en el fundamento jurídico 6 de la sentencia del TC 02240-2011-PA/TC, se indicó:

[...] Siendo así este Tribunal concluye que el demandante no ha sido objeto de un despido fraudulento, por cuanto no se le ha imputado la comisión de hechos falsos o imaginarios, por tanto procederá a analizar si la información que brindó el demandante sobre el que era su centro de trabajo, originó el quebrantamiento de la buena fe laboral que debe existir entre un trabajador y su empleador, pues de ser así estaría justificado su despido.

En el mismo sentido, en la sentencia del TC 01420-2008-PA/TC, en la que se examinó si un jefe de almacén tenía responsabilidad por el retiro de algunos productos sin haber actuado con la diligencia necesaria en la salida de los mismos, el TC analizó si los hechos expresados en la imputación de falta grave configuraban las causales tipificadas en los incisos a) y c) del artículo 25 de la LPCL. Culminado dicho examen, el TC estimó se trataba de un despido fraudulento por considerar que los hechos imputados como faltas graves eran inexistentes, no obstante que los mismos no estaban en controversia sino la determinación respecto a la configuración de las faltas graves que motivaron el despido.

Como es notorio, el TC ya no solo agota su análisis en la existencia de un despido fraudulento, sino que además pasa a analizar si los hechos

invocados guardan correspondencia con el supuesto previsto en la ley. Claramente, este análisis no se condice con los criterios contenidos en el caso Baylón. En efecto, en todos los casos citados se invocaron las faltas graves contempladas en la ley por lo que no existió, propiamente, falta de tipicidad. Distinto es que pueda estimarse que exista inadecuación entre el supuesto de hecho y la norma legal citada, en cuyo caso se habrá producido un despido injustificado, pero no un despido que adolece de tipicidad. Por el contrario, atribuirle a esta inadecuación la característica de un despido fraudulento por falta de tipicidad, implica, simplemente, trasladar a la justicia constitucional la evaluación de la justificación del despido, no obstante que el precedente vinculante de Baylón, sustentado en el caso Llanos Huasco, había establecido que en la vía de amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de la causa justa de despido.

De estos pronunciamientos, se logra advertir la orientación adoptada por el TC, conforme a la cual un despido cuya causa no se logre acreditar en juicio (lo que calificaría como un despido injustificado al que en la vía ordinaria le correspondería la tutela resarcitoria), al ser discutido en un proceso de amparo genera que se conceda la reposición en el empleo.

VI.2. Falta de proporcionalidad, razonabilidad y/o afectación al debido proceso sustantivo

En la sentencia del TC 03169-2006-PA/TC, se discutió el despido de un trabajador del Municipio de Chorrillos despedido por negarse a someterse al dosaje etílico, no obstante evidenciar síntomas de haber ingerido alcohol. El fundamento jurídico 15 de la sentencia estableció lo siguiente:

Por ello este Tribunal considera que la sanción impuesta al demandante resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien conforme se ha señalado en el fundamento que precede, al demandante se le puede reputar que ha incurrido en la falta grave que se le imputa, no es menos cierto que en ningún momento ha incurrido en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores, ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada.

En la sentencia del TC 06757-2008-PA/TC, se discutió sobre la procedencia del despido de una trabajadora que fue despedida por la falta grave prevista en el inciso a) del artículo 25 de la LPCL por no presentarse a las labores dispuestas en la hora establecida. El TC estimó que la sanción de despido impuesta resulta desproporcionada e irrazonable.

A su vez, en la sentencia del TC 05104-2008-PA/TC, se examinó la validez del despido efectuado por las faltas relativas al incumplimiento de las obligaciones de trabajo, la inobservancia al reglamento interno de trabajo y la apropiación frustrada de bienes del empleador, faltas tipificadas en los incisos a) y c) del artículo 25 de la LPCL. Esto tiene como consecuencia que los demandantes abandonaron su área de trabajo sin la autorización de su jefatura haciendo uso no autorizado de un vehículo de la empresa.

Los fundamentos jurídicos 13 y 14 de la sentencia establecieron lo siguiente:

[...] el despido del trabajador también viola el derecho constitucional al debido proceso sustantivo debido a que la empresa emplazada al momento de imponer a los 2 trabajadores la sanción de despido laboral, lo hizo en contravención de los principios de razonabilidad y proporcionalidad [...]

[...] este Tribunal considera que la sanción impuesta por la demandada resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien [...] a los demandantes se les puede reputar que hayan incurrido en falta disciplinaria, no es menos cierto que los demandantes (carecen) de antecedentes disciplinarios [...] se debe concluir que la sanción del despido no fue la más adecuada e idónea, pues teniendo en cuenta la falta incurrida por parte de los trabajadores, la emplazada podría haberles impuesto cualquiera de las otras sanciones disciplinarias [...].

De otro lado en la sentencia del TC 01059-2009-AA, emitida por mayoría luego de una serie de votos singulares, el TC ordenó la reposición de una tripulante auxiliar despedida por transportar bienes (*laptop* y proyector) que se encontraba prohibida de portar de acuerdo, tanto a la normativa legal vigente al momento del despido, como a lo establecido en el reglamento interno de trabajo (RIT) de la aerolínea, disposición, a su vez, que había sido expresamente reiterada por la empresa en forma previa a la comisión de los hechos.

En efecto, en uno de los votos estimatorios de la demanda se señaló que

[...] estando claro que la *laptop* de la demandante y el proyector portátil no podían ser considerados como efectos personales, según la legislación glosada, y que aquella conocía de la prohibición de los tripulantes de llevar como equipaje los mencionados artículos, debe entenderse que se ha configurado la comisión de la falta imputada a la trabajadora, descartando, por tanto que haya existido un despido fraudulento. Sin embargo, resta analizar si el despido efectuado satisface los criterios de razonabilidad y proporcionalidad exigidos por la jurisprudencia¹⁴.

14 Las cursivas son nuestras.

Ahora bien, las sentencias glosadas presentan un común denominador. No solo evidencian un sensible apartamiento respecto del precedente Baylón, sino que pasan a ponderar lo que consideran que debió corresponder a la medida disciplinaria pertinente. De esta forma, no solo se reincide en el apartamiento del examen sobre los supuestos de despido incausado, nulo o fraudulento —a pesar que no se plantea un nuevo precedente vinculante— sino que sobre la base de expeditivos argumentos como la proporcionalidad, la razonabilidad o el debido proceso sustantivo, se ingresa al océano proceloso de la evaluación de la falta grave. Como es claro, si un despido resulta desproporcionado o irrazonable devendrá en injustificado y por ende le resultará aplicable la tutela resarcitoria más no la restitutoria.

VII. DESPIDO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Conforme a lo previamente examinado, con base al precedente vinculante del caso Baylón, resulta que la vía del amparo solo procederá en los casos de despido incausado, nulo y fraudulento en los que un pronunciamiento estimatorio determinará la ineficacia del despido y, por consiguiente, la reposición en el empleo.

Repárese que al emitir este pronunciamiento el TC señaló que «los criterios jurisprudenciales emitidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. 0976-2001-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia» (fundamento jurídico 7 sentencia del TC 0206-2005-PA/TC).

En tal virtud, para determinar el supuesto conforme al cual se admite que el despido deba ser materia de protección a través del amparo debe examinarse el criterio contenido en los fundamentos jurídicos del caso Llanos Huasco. En este el TC había señalado 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 por la Constitución o los tratados relativos a la promoción defensa y protección de los derechos humanos*¹⁵.

[...] 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 constitucionales¹⁶.

15 Fundamento jurídico 15 de la sentencia del TC 0976-2001-PA/TC. Las cursivas son nuestras.

16 Fundamento jurídico 13 b.2 de la sentencia del TC 0976-2001-PA/TC.

Es este criterio el que merece particular análisis. En efecto, no es la afectación al derecho al trabajo en su aspecto vinculado a la permanencia en el puesto de trabajo el que *per se* abre el camino a un pronunciamiento de tutela restitutoria, sino únicamente cuando este lleva aparejado la violación de un derecho fundamental reconocido por la Constitución o por los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

Precisamente, al redactar el artículo 27 de la Constitución, el constituyente previó que ante el despido arbitrario la ley debía otorgar al trabajador adecuada protección. En consecuencia, solo procederá reconocer el ejercicio de las garantías constitucionales a que se refiere el numeral 2 del artículo 200 de la Constitución —que consagra la acción de amparo ante la vulneración o amenaza de los derechos reconocidos por la Constitución— cuando el despido implique la afectación de derechos fundamentales previstos en la propia Constitución. De otro modo, el artículo 27 de la Constitución resultaría innecesario, porque hubiera bastado con el reconocimiento al derecho al trabajo consagrado en el artículo 22.

En efecto, como quiera que cualquier despido injustificado determina una afectación al derecho al trabajo, bastaría recurrir a una acción de amparo para obtener un pronunciamiento de eficacia restitutoria por parte de la justicia constitucional. Sin embargo, el constituyente optó por una fórmula distinta, ya que mediante el artículo 27 de la Constitución previó que, respecto del despido arbitrario, la ley otorgará adecuada protección, vale decir, que trasladó al desarrollo infraconstitucional el esquema de protección aplicable en caso de despido arbitrario, el cual no necesariamente implicaba la ineficacia del despido y la reposición del trabajador.

Dicho en otros términos, la afectación del derecho al trabajo no necesariamente conlleva una tutela restitutoria como consecuencia de su impugnación jurisdiccional, sino solo en la medida que el despido entrañe, adicionalmente, la violación de derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales están desarrollados en los artículos 1 al 3 de la Constitución, con la precisión que en este último se consagra la fórmula *numerus apertus* conforme a la cual no resultan excluidos «los demás (derechos) que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre [...]».

Ahora bien, podría argüirse que en atención a que el derecho al trabajo también es un derecho consagrado en la Constitución, el despido injustificado resulta lesivo a dicho derecho y por ende pasible de ser cuestionado para invalidarlo con eficacia restitutoria. Sin embargo, ello

no enerva el hecho de que la definición de la adecuada protección contra el despido arbitrario —que prevé el artículo 27 de la Constitución— no emana de la propia Constitución sino del ulterior desarrollo legal, y de ahí que no se podría descalificar de inconstitucional la tutela resarcitoria respecto de los despidos injustificados y la reserva de la tutela restitutoria para los despidos que agravien derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales que pudieran ser afectados mediante un despido y dar lugar a la tutela restitutoria son los que Palomeque denomina derechos fundamentales laborales inespecíficos¹⁷, esto es, aquellos que resultan inherentes a todo individuo y que por tanto no pueden ser objeto de menoscabo por el hecho de encontrarse sujeto a una relación laboral. Como señala Valdés Dal-Ré, los derechos inespecíficos no surgen de la condición propia del trabajador, sino de su calidad de persona, pero se expresan y reivindican frente al empleador, vale decir, son derechos que corresponden a todos los individuos, pero son ejercidos por quienes son trabajadores y ejercen estos derechos en el marco de una relación laboral¹⁸. Así, el derecho a la libertad de conciencia, a la no discriminación, a la libertad de expresión, a la intimidad, entre otros, son objeto de plena salvaguarda en el marco del contrato de trabajo y, por ende, cualquier despido cuyo propósito entrañe una afectación de estos derechos implicará su ineficacia y, por tanto, abrirá la vía a su impugnación con efecto restitutorio.

El despido podría afectar igualmente derechos que son merecedores del mayor nivel de protección, en cuanto importan afectación a derechos humanos reconocidos por tratados internacionales. Así, despidos cuyo verdadero propósito sea afectar la libertad sindical, o el ejercicio legítimo del derecho de huelga, o impliquen actos de represalia derivada de reclamos planteados contra el empleador, o la afectación a la maternidad justificarán igualmente un pronunciamiento jurisdiccional de eficacia restitutoria.

De ahí que la afectación al derecho al trabajo, en supuestos distintos a los indicados, no determina una tutela restitutoria con base al Protocolo de San Salvador, conforme al cual debe interpretarse el derecho al trabajo previsto en la Constitución. Dicho en otros términos, la mera afectación al derecho al trabajo, que no guarde vinculación con la afectación de derechos fundamentales u otros derechos humanos de reconocimiento universal, admite que la vía resarcitoria sea la adecuada para reparar el derecho al trabajo afectado.

17 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. «Derechos fundamentales generales y relación laboral. Los derechos laborales inespecíficos». En *Derecho del Trabajo y razón crítica*. Salamanca: Caja Duero, 2004, p. 163.

18 VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. «Los Derechos Fundamentales del Trabajador: un ensayo de noción lógico-formal». *Relaciones Laborales*, 2 (2003), pp. 69-76.

493

LA PROTECCIÓN
FRETE AL
DESPIDO EN LA
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONALTHE PROTECTION
AGAINST
DISMISSAL IN
THE EVOLUTION
OF THE
CONSTITUTIONAL
COURT
JURISPRUDENCE

De ahí que resulta reñido con el mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario y el Protocolo de San Salvador que los pronunciamientos del TC antes analizados estimen que corresponde tutela restitutoria ante despidos que adolecen de falta de tipicidad, proporcionalidad, razonabilidad o que afectan el debido proceso sustantivo. Así, concluir que la causa justa de despido prevista en el ordenamiento legal no resulta subsumida en el supuesto de hecho del despido y que, por ende, se ha incurrido en una falta de tipicidad, o que la medida del despido resulte, a juicio del TC, excesiva o desproporcionada, determinará que tales despidos sean injustificados y por tanto sujetos a tutela resarcitoria pero no resultará válido que en tales casos procedan pronunciamientos de eficacia restitutoria. Conforme hemos señalado, el TC viene reiteradamente efectuando una apreciación del despido que importa una evaluación de los hechos desprovista de toda vinculación con un derecho fundamental o un derecho humano de reconocimiento universal, apartándose así de su propio criterio vinculante y omitiendo sustituirlo por otro, afectando con ello la predictibilidad de sus pronunciamientos.

No puede perderse de vista, a su vez, que el derecho al trabajo y la protección frente al despido se encuentran reconocidos en numerosos instrumentos internacionales, varios de los cuales han sido examinados, al igual que en diversos ordenamientos constitucionales. Sin embargo, en ellos no se constata que el simple despido desprovisto de vinculación con la afectación de derechos fundamentales determine una tutela restitutoria. Es, pues, esta una opción particular de la jurisprudencia del TC que no se condice con el tratamiento predominante en el derecho comparado.

Por último, al pasar a examinar directamente si se ha acreditado la falta grave que motiva el despido disciplinario, el TC viene progresiva, pero inexorablemente, sustituyendo al juez laboral ordinario en el examen de las controversias vinculadas al despido, no obstante que corresponde a este calificar la prueba en toda su extensión y determinar si los hechos controvertidos ameritaron el despido. Por ende, creemos que los pronunciamientos en referencia importan no solo una distorsión del mandato constitucional relativo a la protección contra el despido arbitrario, sino que, además, implican el sutil retorno a un modelo de estabilidad laboral no consagrado por la Constitución vigente, el mismo que, incluso, empieza a ser paulatinamente acogido por la justicia laboral ordinaria.

Confiamos que, de ser promulgado el Ante Proyecto de Ley General del Trabajo, contribuiría a reconducir adecuadamente la orientación de los pronunciamientos del TC, en la medida en que dicho cuerpo normativo

limitaría la tutela restitutoria a los supuestos de despido nulo tipificados por la LPCL y a los casos en los que se agravie derechos fundamentales, conforme corresponde al esquema prevaleciente en el derecho laboral comparado.

Recibido: 16/01/2012
Aprobado: 23/03/2012