

# *La «Adecuada Protección Procesal» contra el Despido Arbitrario: Comentarios a la Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional Peruano.*

Luis Vinatea Recoba\*

Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados

Es indudable que entre las sentencias más discutidas de los últimos tiempos están las emitidas por el Tribunal Constitucional (TC) a propósito del despido incausado<sup>1</sup>. El grupo de sentencias que originaron esta discusión y que tuvieron su punto de partida en el caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú, seguido en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC (Caso SUTTDP), han encontrado su última expresión en la sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, recaída en el proceso seguido por Eusebio Llanos Huasco (Caso Llanos) contra Telefónica del Perú. Dicha sentencia, además de refundir y sistematizar los pronunciamientos del TC en esta materia, centra su atención en el tratamiento de la «*adecuada protección procesal*», como manifestación del artículo 27 de la Constitución Política del Estado; novedoso enfoque que el TC introdujo en el análisis del problema del despido incausado y con el que parece intentar cubrir los vacíos que, en nuestra opinión, dejó en la línea argumentativa de la polémica sentencia recaída en el caso SUTTDP.

El TC ha centrado su atención en la «*adecuada protección procesal*» y dentro de ella, en la «*adecuada protección procesal restitutoria*», la que actúa como complemento de la «*resarcitoria*»<sup>2</sup> y éstas, a su vez, de

la «*adecuada protección sustantiva*» a la que alude el TC en la misma sentencia<sup>3</sup>.

La adecuada protección procesal restitutoria para el TC se manifiesta a través de la Acción de Amparo, cuyo objeto es «*reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional*»<sup>4</sup>. En este sentido, para el TC, la Acción de Amparo, es una de las formas mediante las cuales la Ley provee adecuada protección contra el despido arbitrario<sup>5</sup> porque «*...en el ámbito del amparo (...) ese estado anterior al cual deben reponerse las cosas no es el pago de una indemnización, es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente*»<sup>6</sup>.

De esta forma, el TC habría cerrado la discusión en torno de los alcances del artículo 27 de la Constitución, acudiendo al sistema de protección de derechos constitucionales, estableciendo que el artículo 27 contendría una de las garantías previstas en el artículo 200, haciendo que ambas disposiciones, de cara al despido, prácticamente se alineen o, más precisamente, sean lo mismo.

\* Profesor de Derecho del Trabajo y Procesal del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad de Piura.

1 Las últimas de ellas son las siguientes: Sentencia recaída en el Expediente No. 1112-98-AA/TC (Caso Cossio); Sentencia recaída en el Expediente No. 0532-2001-AA/TC (Caso Ramírez Alzamora); Sentencia recaída en el Expediente No. 1124-2001-AA/TC (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú); Sentencia recaída en el Expediente No. 1001-2001-AA/TC y Sentencia recaída en el Expediente No. 976-2001-AA/TC (caso Llanos.).

2 Para el TC, en la comentada sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, Caso Llanos, la indemnización a la que accede un trabajador al plantear contra su empleador una demanda de indemnización por despido arbitrario y declararse fundada su demanda, es una forma de «protección resarcitoria» derivada del artículo 27 de la Constitución. La validez de esta forma de protección se funda en el hecho de proceder por libre voluntad del trabajador, quien puede elegir esta forma de protección, en defecto de otro «régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes».

3 El TC, en su sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, caso Llanos, sostiene que «Ante la diversidad de formas cómo el legislador puede desarrollar el contenido del derecho en referencia (el de la adecuada protección contra el despido arbitrario), para lo que goza de un amplio margen de discrecionalidad dentro de lo permitido constitucionalmente, este tribunal considera que dicho tema puede ser abordado, por decirlo así, desde dos perspectivas: por un lado, a través de un régimen «sustantivo» y, por otro, con un régimen de carácter «procesal».

4 Artículo 1° de la Ley 23506, Ley de Amparo y Hábeas Corpus.

5 Así, el TC ha «considerado que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud (sic)»

6 Sentencia del TC de fecha 13 de marzo de 2003, Caso Llanos, fundamento número 14.

La posición del TC, si bien sugerida en el caso SUTTDP, implica un importante cambio de perspectiva en el enfoque del problema y nos anima a realizar los siguientes comentarios con el propósito de abrir el debate en torno a uno de los más interesantes razonamientos contenidos en la sentencia del caso Llanos.

### 1. La posición inicial del TC respecto de los alcances del artículo 27 de la Constitución

El caso SUTTDP, fuera de las apreciaciones que realiza respecto de problemas como las afectaciones a la libertad sindical y la eficacia horizontal de los derechos constitucionales, entre otros, centra su atención en el derecho al trabajo y sus posibles afectaciones. Acerca de ello, el TC ha dejado establecido que en su segundo aspecto<sup>7</sup>, el derecho al trabajo debe ser entendido como la «proscripción de ser despedido salvo por justa causa»<sup>8</sup>.

En paralelo, el TC no ha podido dejar de considerar los efectos que sobre dicho derecho tiene el artículo 27 de la Constitución. Y sobre ello, ha dicho que *debe considerarse que el artículo 27 contiene un «mandato al legislador»*<sup>9</sup> para establecer protección «frente al despido arbitrario».<sup>10</sup>

Si bien dicho mandato no determina la forma de protección frente al despido arbitrario, ésta «debe ser adecuada»<sup>11</sup>, y para que ello sea así, tal protección o más bien el instrumento que la fije «no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador»<sup>12</sup>. De esta manera, agrega el TC, «cuando el artículo 27 de la Constitución establece que la ley otorgará adecuada protección contra el despido arbitrario, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional»<sup>13</sup>. Lo que interesará, por tanto, será «determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no, respetado en su correspondiente desarrollo legislativo.

*Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo»*<sup>14</sup>.

Sobre esto último, al analizar el segundo párrafo del artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), el TC concluye que dicho artículo «es incompatible con la Constitución» cuando establece que «frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización como única reparación». No previendo la posibilidad de reincorporación»<sup>15</sup> (el subrayado es nuestro).

La calificación de inconstitucionalidad del TC es hecha en consideración al carácter de «única reparación» de la indemnización frente al despido arbitrario y en oposición a la negación de la posibilidad de reincorporación. Sobre ello, el TC ha dicho que «...el artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por justa causa, el artículo 34º, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional»<sup>16</sup>

Y a partir de ello el TC ha concluido que «la forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional»<sup>17</sup>.

El problema suscitado con la confrontación del razonamiento anterior y el derivado del apartado d) del artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es solucionado por el TC cuando argumenta que «debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre

7 El TC ha dejado establecido que la libertad de trabajo, en su primer aspecto, «supone la adopción por parte del estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado».

8 Sentencia de TC de fecha 11 de julio del 2002, caso SUTTDP, fundamento 12.

9 Ibid. loc. cit.

10 Ibid. loc. cit.

11 Ibid. loc. cit.

12 Ibid. loc. cit.

13 Ibid. loc. cit.

14 Ibid. loc. cit.

15 Ibid. loc. cit.

16 Ibid. loc. cit.

17 Ibid. loc. cit.



*pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4 del propio protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales»<sup>18</sup>.*

Los razonamientos glosados dejan entrever que la posición del TC se centró en dos consideraciones esenciales: el carácter de «única reparación» de la indemnización frente al despido arbitrario –lo que a juicio del TC viola el contenido esencial del derecho al trabajo– y el carácter mínimo de las regulaciones contenidas en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Perú.

## 2. Nuestra posición en torno de lo señalado por el TC respecto del derecho al trabajo y su protección

El TC ha interpretado el artículo 22 de la Constitución en el sentido que el derecho al trabajo se traduce como el derecho a no ser despedido salvo que exista justa causa. Se trata de un precepto que apunta a fortalecer la idea de continuidad de la relación laboral pero que «se extiende no solo al aspecto de duración del contrato, sino al momento mismo de extinción de la relación laboral: de poco servirá, en efecto, postular la rigidez para la celebración de los contratos temporales si el régimen jurídico que regula el despido se caracteriza por una amplia flexibilidad»<sup>19</sup>. Aparece así, la figura del despido como «institución causal», lo que queda ratificado por la propia LPCL, cuyo artículo 22 establece que para el despido de un trabajador es necesaria la existencia de «causa justa señalada en la Ley y debidamente comprobada».

La falta de causalidad del despido, por explicación del artículo 34, primer párrafo de la LPCL, es calificada como «arbitrariedad», de modo que un despido arbitrario es, en principio, un despido incausado<sup>20</sup> y como tal reclama la adecuada protección que postula el artículo 27 de la Constitución.

Surge de lo anterior lo que ya la doctrina ha adelantado en el sentido que «lo decisivo será conocer si la calificación del despido como despido sin causa, producirá o no efectos extintivos y, en caso afirmativo, en qué supuestos y bajo qué condiciones»<sup>21</sup>. Así, el reconocimiento del despido como institución causal, plantea la interrogante de qué se debe hacer cuándo un despido no se funda en causa justa.

Lo antes indicado nos lleva a preguntarnos, en primer lugar, si la incausalidad del despido tiene como única forma de expresión a los «despidos arbitrarios» a los que refiere la LPCL. En segundo lugar, a preguntarnos cuál es la forma de reparación correspondiente.

La primera interrogante tiene respuesta negativa. De hecho, el propio TC ha dejado establecido que cabe la posibilidad de englobar en la categoría de despidos sin causa a todos los despidos que carecen de ésta; a los que tienen un motivo prohibido por la Ley, y a todos aquellos que, en general, violan un derecho fundamental<sup>22</sup>.

Los despidos que carecen de causa pueden ser de dos tipos: los que carecen de ella propiamente dichos y los que teniéndola no son debidamente comprobados. A los primeros Neves los denomina «radicalmente arbitrarios»<sup>23</sup> y Arce «extremadamente abusivos»<sup>24</sup>. A los segundos, en caso de no probarse la causa, Arce los

18 Neves Mujica considera que el rol de norma mínima no le es aplicable a la constitución, en esta materia, respecto de los tratados internacionales. Considera dicho autor que el papel que le corresponde a los tratados internacionales en esta materia es el de «parámetro de interpretación» pues el de mínimo solo correspondería en el caso que la Constitución Peruana hubiera regulado el derecho de reposición de forma expresa, cosa que no ha hecho. Neves Mujica, Javier. Los conceptos y los efectos de la sentencia del caso Telefónica. En: Diálogo con la jurisprudencia. Año 8. Número 49. Octubre de 2002, p. 47.

19 Sastre Ibarreche, Rafael. El Derecho al Trabajo. Madrid. 1996. Trotta, p.231.

20 Si bien ambas expresiones pueden actuar como sinónimas, lo real es que no excluyen otras posibilidades. Son tan incausados los despidos arbitrarios como los nulos y los violatorios de derechos fundamentales. Lo que ocurre es que la LPCL se ocupa solo de dos tipos de despidos y la articulación de la Ley con el régimen general de garantías constitucionales nos ubica frente al tercer tipo, que es el despido violatorio de derechos fundamentales o «derechos de ciudadanía». Estos últimos, en verdad, son despidos incausados que concurren con otras causas y que son nulos no por ser arbitrarios sino por ser violatorios de dichos derechos. Las reglas procesales permiten concluir la certeza de lo antes dicho. En efecto, las reglas procesales generales y las contenidas en la LPCL, establecen que para el despido nulo, para el despido arbitrario y para el despido violatorio de derechos constitucionales existen cursos de acción procesales distintos, al punto que las pretensiones jurídicas correspondientes son distintas (en el primer caso, una indemnización, en el segundo, la declaración de nulidad de un acto jurídico y la consecuente reposición; y en el tercero, el cese de la violación de un derecho constitucional). Tal hecho nos permite comprobar que los tipos de despido y sus consecuencias son diferentes. Tanto, que incluso algunos permiten el enderezamiento de pretensiones procesales de tipo subordinado, las que por definición son incompatibles entre sí.

21 Sastre Ibarreche, Rafael. Derecho a Trabajo. Madrid. 1996. Trotta Editores, p.250.

22 Vid. Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, caso Llanos, fundamento 15.

23 Neves Mujica, Javier. Los conceptos y los efectos de la sentencia del caso Telefónica. En: Diálogo con la jurisprudencia. Año 8. Número 49. Octubre de 2002, p. 46.

24 Arce Ortiz, Elmer. La relevancia constitucional de las formalidades y procedimientos en el despido. En: Asesoría Laboral, Mayo 2003, p. 10.

denomina simplemente «abusivos» y Neves simplemente «arbitrarios» y no reclamarían, por ello, tutela restitutoria.

Los despidos que tienen un motivo prohibido o los que violan derechos fundamentales serán cuestionables desde el punto de vista constitucional no solo por afectar el derecho al trabajo, sino por afectar otros derechos fundamentales, es decir, se trata de despidos «pluriofensivos»<sup>25</sup>. En este sentido, en principio serán incausados, por no fundarse en una causa justa y además cuestionables, por afectar otros derechos fundamentales.

Cualquiera que sea la manera de denominarlos, lo concreto es que todos ellos comparten un denominador común: la falta de causalidad. Pero precisamente, será ello lo que permita graduarlos entre despidos arbitrarios (incluidos los que Neves denomina como radicalmente arbitrarios), nulos por violatorios de derechos fundamentales de carácter laboral y nulos por violar derechos de ciudadanía.

La segunda interrogante nos lleva a estimar que los despidos sin causa, en sus diversas modalidades, tienen previstos distintos mecanismos de protección y no uno solo como indica el TC: a los despidos calificados como arbitrarios (incluso los radicalmente arbitrarios), les corresponde una indemnización; a los despidos nulos la reposición y a los despidos que violan cualquier derecho constitucional, incluidos los nulos, la reposición.

Si todo ello es así, cabría preguntarse por qué los despidos arbitrarios tendrían como adecuada protección a la indemnización y los demás a la

reposición, si todos tienen como denominador común el ser incausados. ¿Es la incausalidad la razón de la protección restitutoria?. Si esto es así, ¿por qué no extenderla también a los despidos causados y no probados?

Arce plantea una interesante propuesta de solución al problema: señala que los despidos incausados son *per se* abusivos y hay unos que lo son más que otros<sup>26</sup>. Los hay incausados por no haberse expresado causa (extremadamente abusivos) y los hay incausados por no haberse probado la causa en el proceso (simplemente abusivos). El enfoque, interesante sin duda, y apoyado en el artículo 103 de la Constitución, el que así reclamaría una interpretación conjunta y sistemática del artículo 27 con el 103, no permite despejar, no obstante, la duda de por qué recurrir al argumento del abuso si la Ley ha calificado que tan arbitrario es un despido como el otro, compartiendo ambos el denominador común de ser incausados<sup>27</sup>.

Las graduaciones, a nuestro modo de ver, no están en los despidos arbitrarios –por qué distinguir entre unos y otros si la Ley no los distingue– sino entre éstos y los que Neves denomina «pluriofensivos», para los que el propio ordenamiento ha establecido un régimen sustantivo específico y uno procesal<sup>28</sup>.

La primera cuestión que surge de lo anterior es que la apreciación que hace el TC respecto de la calidad de «única» atribuible a la indemnización por despido como medio de reparación del despido es errada. En efecto, el propósito del adjetivo «única» no es el de dejar establecido que al despido sin causa le corresponde sólo una forma de reparación. En realidad, el despido arbitrario, como subcategoría del despido incausado

---

***“(…)serán incausados,  
por no fundarse  
en una causa justa y  
además cuestionables,  
por afectar otros  
derechos  
fundamentales.”***

---

25 Neves, *ibid.*

26 Arce Ortiz, Elmer. *Ibid.*

27 La posición de Arce, a pesar de su seriedad, nos deja una duda: su construcción parte de la premisa que los despidos incausados son abusivos. Y ello nos parece discutible. En efecto, dicho autor sostiene que «el empleador tiene un derecho de despedir cuando alega causa justa debidamente comprobada, pero no está en su derecho despedir de manera arbitraria». Al no tener el derecho a despedir, no se puede estar frente al abuso del derecho porque para abusar de un derecho es preciso tenerlo y en este caso, ni se tiene ni se detenta. Arce confirma esto citando a Rubio Correa: «...si el abuso en el ejercicio de un derecho ocurre cuando el sujeto ejerce su derecho de manera no prohibida por la legislación positiva, pero agravando principios del derecho que pueden resumirse en la sana convivencia social, entonces, el despido arbitrario implicará siempre un ejercicio abusivo del derecho a extinguir unilateralmente el contrato de trabajo» (el subrayado es nuestro). Arce Ortiz, Elmer. *Op cit.*, p. 10.

Al contrario, invocar la teoría del abuso del derecho más bien implicaría aceptar que el empleador tiene derecho a despedir incausadamente y tanto la sentencia del TC como la doctrina coinciden en que ello no es así.

Siguiendo lo anterior, no creemos que la relación del artículo 103 de la Constitución con el despido arbitrario, al menos en este caso, sea adecuada, a diferencia de lo que ocurriría con los despidos fraudulentos, en donde bajo el amparo del ejercicio válido de un derecho se incurre, más bien, en la violación de otros derechos fundamentales. Esa es la línea que parece asumir la propia sentencia del Caso Llanos (Vid. Fundamento décimo sexto).

28 Ese es el caso de los despidos nulos y los que afectan derechos fundamentales de la persona, los que sin discusión alguna pueden ser tutelados a través de la demanda de nulidad de despido y la de amparo respectivamente (aunque, técnicamente y por el asunto de las vías paralelas, nada impediría que la segunda proteja a los primeros).



puede tener como única reparación a la indemnización, pero ello no tiene por qué afectar al género «despido sin causa», que como se vio, es más amplio y tiene más formas de reparación, las que incluyen la reposición. De otro lado, el adjetivo «única» puede ser entendido en el sentido de limitar la indemnización por despido de modo tal que frente al despido no quepan otras formas de indemnización diferentes de la legal y tarifada, como es el caso de la indemnización por daño moral, lo que en nuestra opinión no excluye que dichas indemnizaciones sí puedan ser solicitadas como pretensión acumulativa originaria y, en algunos casos subordinada, de pretensiones de nulidad de despido.

La segunda cuestión surgida de lo anterior es que la presencia del artículo 27 de la Constitución no afecta sino más bien ratifica lo anterior, en el sentido de establecer que la adecuada protección encargada a la Ley por dicho artículo constitucional, oscila entre la indemnización y la reposición, en la medida que sustantivamente la LPCL ha previsto tanto una forma de protección para los despidos arbitrarios (la indemnización) cuanto para los nulos (la reposición). La presencia de una forma adicional de protección, a través de la acción de garantía no desestima lo anterior, debido a que ella es un remedio previsto por la Constitución frente a la violación o amenaza de violación de derechos constitucionales para los que la Constitución no ha previsto una forma de protección específica.

Pero el anterior no es el único efecto del artículo 27, de cara a su presencia en el texto constitucional. El artículo 27, además, es una norma cuyo sentido es el de fijar el punto de partida para la solución del problema más importante en la regulación del derecho al trabajo; esto es, el de determinar el mecanismo de reparación que corresponde a la violación del derecho al Trabajo. El TC ha concluido que ésta debe ser necesariamente la reposición y sostiene que una solución distinta «vaciaría de contenido» al derecho al que se refiere el artículo 22. Nosotros, al igual que en el caso anterior, creemos que el TC yerra en su apreciación. Y la razón está en el hecho que el artículo 27 de la Constitución establece que será la Ley la que provea la adecuada protección, y al hacerlo está admitiendo que el grado de protección que corresponda a la violación del artículo 22 no necesariamente será el típico de restitución de un derecho constitucional (retrotraer las cosas al estado

anterior de la violación), sino cualquier otro. Si no fuera así, hubiera bastado con que el constituyente regulara el derecho al trabajo en el artículo 22 y remitiera todo grado de protección al mismo al artículo 200 de la misma Constitución, referido a garantías constitucionales. No lo hizo, y ello no es casual.

Dicho en otros términos, el sentido del artículo 27 de la Constitución no es solo el de proscribir la arbitrariedad del despido, asunto que ya es un lugar común<sup>29</sup>, sino el de dejar establecido que la reparación frente al despido arbitrario puede ser distinta a la reparación que asiste a cualquier otro derecho constitucional afectado por una violación<sup>30</sup>.

Por otro lado, no nos parece correcto el enfoque del TC respecto del tratamiento interpretativo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales. En efecto, el Protocolo contempla que será cada legislación la que opte por el mecanismo de protección frente al despido arbitrario; destacándose que entre las opciones establecidas se encuentra la indemnización por despido arbitrario.

Esta norma internacional concordada con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, determina que ante el supuesto de una regulación nacional que prevea como mecanismo reparador ante un cese incausado una indemnización, ésta se encuentra acorde con el ordenamiento vigente. Por tanto, sostener lo contrario, o sostener, como lo hace el TC, que dicha norma actúa como un «piso» que puede ser «susceptible de mayores niveles de protección» supone inaplicar el Tratado e incumplir lo prescrito por la Constitución, pues el TC no tiene facultades para «construir» normativamente sino para interpretar lo que dice la Constitución, al hilo de lo que por mandato de la Cuarta Disposición Transitoria de la propia Constitución, establecen los pactos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú.

Por lo demás, cabe añadir que el Convenio OIT 158 (no ratificado por el Perú, pero que tiene el carácter de una recomendación) no prescribe la reposición al centro de trabajo como único medio de reparación. Al respecto, se ha dicho, en función al referido convenio que «nada impide, por tanto, al legislador nacional

29 Vid. Neves Mujica, Javier. Introducción al derecho del trabajo. Lima, 1997. Ara Editores, pp.60-61. También, Blancas Bustamante, Carlos. El despido en el derecho laboral peruano. Lima. 2002. Ara Editores, p. 118.

30 El tema, nos parece, es de la mayor importancia porque el TC ha sugerido en su sentencia que la violación de un derecho constitucional sugiere como forma de restitución una que determine la nulidad del acto jurídico de despido. Sobre dicho particular, la posición nos parece discutible en la medida que el efecto de restitución, si bien se parece en mucho al de una nulidad, no parece ser el mismo, pues el propio TC ha negado en repetidas ocasiones el derecho a remuneraciones devengadas en los procesos de amparo.

regular los aspectos reparadores cuando el empresario incumple la formalidad previa al despido disciplinario, y ello a través, en nuestro caso, de una alta indemnización compensatoria por la resolución contractual injustificada»<sup>31</sup>.

### 3. Las consideraciones del TC en el caso Llanos

La sentencia del caso Llanos centra su atención en los alcances del artículo 27 de la Constitución. Para el TC el artículo 27 constitucional reconoce el derecho del trabajador a la «protección contra el despido arbitrario». El mencionado artículo, va a decir el TC, no menciona en qué términos ha de entenderse dicha protección pero hace una reserva de ley, «lo que no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la norma suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas adecuadas»<sup>32</sup>.

Ante dicha imprecisión, sobre la que hay coincidencia doctrinal, dicho sea de paso<sup>33</sup>, el TC ha postulado que «...dicho tema debe ser abordado desde dos perspectivas: por un lado a través del régimen de carácter sustantivo y, por otro, con un régimen de carácter procesal»<sup>34</sup>. La dimensión sustantiva es aquella «que atañe al modo como ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27 de la Constitución» y al respecto, señala el TC, el legislador puede optar entre dos formas de protección: una de tipo preventivo, según la cual «el contenido del derecho puede ser configurado por el legislador de modo tal que se prevenga, evite o impida que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente». El mismo TC, haciendo explícita esta afirmación, ha indicado que «en nuestro ordenamiento jurídico, un régimen de protección adecuada contra el despido arbitrario en esos términos es el que se ha previsto para los trabajadores sujetos al régimen de la

actividad pública, a través del Decreto Legislativo No. 276». Siguiendo con la explicación, el TC ha señalado, además, que la «protección preventiva» se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31 de dicha Ley»<sup>35</sup>.

De otro lado, el TC ha señalado que la dimensión sustantiva también puede optar la forma de «protección reparadora», en la cual «el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto del despido arbitrario contra un trabajador, la Ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. En tal supuesto, la Ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias». Sobre esto último el TC ha dejado establecido que «...considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualquiera de estos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización»<sup>36</sup>.

La segunda forma de protección propuesta por el TC, como forma de protección derivada del artículo 27 constitucional, es «por así decirlo» (utilizando los términos del TC) de carácter «procesal», «es decir, el establecimiento mediante Ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que en otros, también puede tener un alcance totalmente independiente»<sup>37</sup>. Dicha forma de protección puede ser de dos maneras: una, de carácter reparador, «inexorablemente vinculada a la LPCL» y otra de «carácter jurisdiccional con alcances diferentes»; es

31 MINAMBRES PUIG, César. «El despido disciplinario verbal y el convenio número 158 de la OIT». En: AA.VV. (Coordinador: Javier Gárate). Citado por Toyama M. Jorge. La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Op. Cit., p. 102.

32 Sentencia caso Llanos, décimo primer fundamento.

33 Ver supra, nota 30.

34 Vid. Sentencia caso Llanos, décimo fundamento.

35 Fundamento 12 a.1 sentencia caso Llanos.

36 Caso Llanos, fundamento décimo segundo, punto a.2.

37 Caso Llanos, fundamento décimo tercero.



decir, una «que en vez de prever una eficacia resarcitoria, (establezca) una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional»<sup>38</sup> (el paréntesis es nuestro).

Así, la adecuada protección procesal restitutoria para el TC se manifiesta a través de la acción de amparo, cuyo objeto es «reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional»<sup>39</sup>. En este sentido, para el TC, la Acción de Amparo, es una de las formas mediante las cuales la Ley provee adecuada protección contra el despido arbitrario porque «...en el ámbito del amparo (...) ese estado anterior al cual deben reponerse las cosas no es el pago de una indemnización, es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente»<sup>40</sup>.

El TC así, ha considerado «que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud (sic)»

#### 4. Nuestras apreciaciones en torno de las consideraciones del TC en el Caso Llanos

Las posiciones expresadas por el TC en la sentencia del caso Llanos introducen, decíamos, algunos elementos que profundizan ideas sugeridas en la sentencia del caso SUTTD<sup>41</sup>. En efecto, ha concluido el TC en este y en anteriores casos, que quien tiene un trabajo, tiene derecho a mantenerlo salvo que exista una causa que justifique la ruptura del contrato de trabajo.

Deriva su razonamiento el TC de dos cuestiones: *la primera*, que el derecho al trabajo es un derecho fundamental y *la segunda*, que la garantía de reparación del mismo, considerando los típicos mecanismos reparadores procesales de un derecho fundamental (p.e. la Acción de Amparo), lleva irremediamente a la restitución del derecho conculcado al momento previo a su violación.

Si bien el apoyo utilizado por el TC para su conclusión es correcto, no se puede dejar de considerar que el artículo 22° de la Constitución no es un derecho que, como los demás de carácter fundamental, se sujeta a los mecanismos usuales de reparación. Este derecho cuenta con una regulación constitucional adicional insoslayable: el artículo 27 de la misma Constitución y cuya presencia, al menos en nuestra opinión, no se limita a actuar únicamente como un factor de conexión entre una ley reglamentaria y la Constitución. Dicho artículo, como veremos más adelante, proscribiera la arbitrariedad del despido y delega en la Ley la forma de protección ante el despido arbitrario o, lo que es lo mismo, ante el despido sin causa. Y tal delegación determina la existencia de una variante significativa en el mecanismo de reparación de dicho derecho fundamental en particular, prevista por la propia Constitución. Dicho en otros términos, el derecho al trabajo no reclama reparación a través del típico remedio constitucional (la acción de amparo y la eventual restitución en el empleo) sino que éste, por mandato del artículo 27, remite a la Ley, la que fija un régimen sustantivo de protección distinto, que en principio es de tipo indemnizatorio y, por cierto, no el único.

Pero el razonamiento anterior no se agota en lo dicho. La norma en cuestión no es una norma que se limite a la simple remisión o delegación normativa; la norma tiene tres consecuencias: la primera es señalar que los despidos arbitrarios al requerir de «adecuada protección» son actos dañinos e ilícitos, ratificando la idea de causalidad del despido. La segunda es matizar el régimen de garantías que corresponde al artículo 22 de la Constitución, en tanto derecho fundamental (hablándonos de protección adecuada y no de restitución), y la tercera es hacer un reenvío legal que implica, por un lado, una delegación y, por otro, una reserva legal.

De las tres consecuencias anteriores, la segunda es fundamental: la «adecuada protección» no es lo mismo que «reponer» o «restituir» las cosas al momento previo a la violación, aunque es claro que las segundas son parte de las primeras. Y los efectos de esta diferencia son grandes. Así es, el que el artículo 27 de la Constitución hable de «adecuada protección» y no de «reponer», como sí lo hace el artículo 1° de la Ley 23506, en ejecución del artículo 200 numeral 2 de la Constitución, marca una diferencia importante en el

38 Ibid, loc. cit.

39 Curiosamente, en este punto el TC omite toda referencia a la acción de nulidad de despido en la vía ordinaria, la que también tendría plena eficacia restitutoria. Este es, para nosotros, un punto de inflexión importante en la posición del TC.

40 Sentencia del TC de fecha 13 de marzo de 2003. Caso Llanos, fundamento número 14.

41 Vid. Fundamento duodécimo.

modo de tutelar la violación del artículo 22 de la Constitución. La «adecuada protección» es un concepto mucho más amplio que el de «restitución» o «reposición», que implica no solo lo anterior sino que implica otras formas de protección.<sup>42</sup>

La definición del contenido de esa adecuada protección no se puede extraer del propio artículo 22; tiene que extraerse de la Ley<sup>43</sup>. Y la Ley plantea la protección de manera simple y al hilo de lo que han establecido los tratados internacionales suscritos por el Perú. Es decir, la ley peruana ha establecido que cuando el despido es incausado le corresponde la calificación de «arbitrario» y la consecuencia para el mismo es el pago de una indemnización. La Ley peruana ha establecido, asimismo, que cuando un despido es incausado y además se violan derechos fundamentales (distintos al del trabajo) la reparación es la reposición (por ejemplo, despidos nulos y violatorios de derechos fundamentales de la persona)<sup>44</sup>.

Se logra apreciar, así, que la «adecuada protección contra el despido arbitrario» supone una gama de posibilidades que no puede, como pretende el TC, extraerse del artículo 22 de la Constitución sino de la Ley, la que actúa por remisión de la propia Constitución, la que al hacerlo observa los Tratados Internacionales ratificados por el Perú.

La presencia del artículo 27 de la Constitución, así, cambia radicalmente el mecanismo típico de reparación que, de no haber existido, habría tenido el artículo 22. Si tal artículo 27 no hubiera existido, el artículo 22, por contener un derecho fundamental, probablemente se habría tutelado por el artículo 200 de la Constitución y habrían sido las acciones de garantía

la forma típica de tutela para el mismo. Pero no ha sido así. La Constitución, guste o no, contiene el artículo 27 y éste remite a una Ley, que por ello mismo no es inconstitucional, no existiendo razón válida que faculte al TC a inaplicar o inobservar esa norma,

A partir de lo anteriormente señalado nos parece que el argumento de la «adecuada protección procesal» utilizado por el TC para dotar de un nuevo contenido al artículo 27 de la Constitución, es, por lo menos, artificial. La adecuada protección a la que se refiere el artículo 27 de la Constitución es una de tipo sustantivo y tiene que ser la Ley la que la provea<sup>45</sup>. Nos parece artificial la construcción del TC en el sentido de hablar de «protecciones sustantivas y procesales». Tan claro es esto que hasta el propio TC pareciera no estar convencido de su argumento al mencionar que el complemento de la protección sustantiva es, «por decirlo así» la protección procesal.

Y esto último es precisamente el tema final que queremos abordar en este artículo. Las normas procesales tienen por objeto hacer efectivos los derechos sustantivos. En ese sentido, no son manifestación ni podrían serlo de un derecho como el contemplado en el artículo 27 de la Constitución. Las normas procesales son dictadas bajo el amparo del artículo 139 de la Constitución, el que al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, impone al Estado el deber de crear y

normas los procedimientos necesarios para hacer efectivos los derechos sustantivos.

El artículo 27 de la Constitución también tiene un contenido esencial y ese es el de establecer entre otras cosas una forma sustantiva de proveer protección contra el despido arbitrario, sujeta, por cierto, al contenido

***“(…)La «adecuada protección» es un concepto mucho más amplio que el de «restitución» o «reposición», que implica no solo lo anterior, sino que implica otras formas de protección(…)”***

42 En este punto, debemos destacar la afirmación que hace el TC en el sentido que la única medida restitutoria es el amparo (en el fondo se trata de una vía procesal diseñada para hacer efectivo un derecho sustantivo por excelencia: el derecho fundamental). Nosotros no la compartimos, porque la LPCL también regula el derecho sustantivo a no ser despedido por causas de discriminación y reacción y contempla para ello una vía procesal específica, esto es, la impugnación del despido por nulidad y es obvio que allí también estamos ante una protección restitutoria. La que lo es, no por su característica procesal sino porque hay un derecho sustantivo que le sirve de sustento.

43 En ese sentido, Blancas Bustamante ha afirmado que «... No contiene la norma constitucional criterio o expresión alguna relativa a los mecanismos en que pudiera residir la adecuada protección contra el despido arbitrario, por lo que es menester concluir que deja en total libertad al legislador para que opte, según su criterio, entre fórmulas de tutela restitutoria (la reposición) o de tutela resarcitoria (la indemnización) o una utilización combinada de ambas, según los supuestos de despido». El despido en el derecho laboral peruano. Op.cit. pp. 122 y 123.

44 Una interesante forma de visualizar este planteamiento se logra a través del análisis de las pretensiones procesales susceptibles de plantearse en una demanda de impugnación de despido. En efecto, si bien el reglamento de la LPCL ha establecido que ambas pretensiones no se pueden plantear simultáneamente, el CPC y la LPT permiten acumular ambas pretensiones de manera subordinada, cosa que últimamente ha sido ratificada por la jurisprudencia. Ello permite ver, decíamos, que la falta de causalidad es un factor común en los despidos nulos y los arbitrarios, pues si no se logra probar la existencia de un despido nulo (recuérdese que por mandato del artículo 27 de la LPT la carga de la prueba del despido nulo la tiene el trabajador) la consecuencia en una demanda acumulativa será (salvo que el empleador demuestre la existencia de una falta) la calificación del despido como arbitrario y por tanto susceptible de repararse con una indemnización.

45 Toyama sostiene que un razonamiento como éste vacía de contenido a la protección sustantiva provista por el mismo artículo 27. Toyama Miyagusuku. Jorge. La inconstitucionalidad de los despidos: un análisis de los criterios del Tribunal Constitucional. Inédito.



esencial del artículo 22, pero también a las soluciones que informan los tratados internacionales ratificados por el Perú y plenamente aplicables por acción de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Peruana<sup>46</sup>. Las vías procesales para hacer efectiva esa protección, no están dentro del ámbito de actuación del artículo 27 citado ni son formas de protección «adecuada»; ellas son expresión, más bien, del artículo 139 de la Constitución. Si lo están, por cierto, todas aquellas medidas que sustantivamente provean dicha protección; a saber, el artículo 34 segundo párrafo (al fijar la indemnización por despido arbitrario); el mismo artículo en su tercer párrafo (al fijar el derecho que corresponde ante el despido nulo) y el artículo 200 de la Constitución al señalar el objeto de las acciones de garantía.

Nos parece que la sentencia emitida por el TC en el caso Llanos pone en evidencia que la línea argumentativa del TC no es sólida y que dicho tribunal se ha visto obligado a recurrir a un artificio para sustentar una controvertida posición<sup>47</sup>. Creemos que las líneas jurisprudenciales que precedieron a la sentencia del caso SUTTDP<sup>48</sup> y a las subsiguientes hasta esta misma, materia de comentario, presentaban una línea argumentativa que aunque discutible<sup>49</sup> al menos transitaba dentro de los márgenes que la Ley y la Constitución permitían; es decir, los despidos incausados sólo merecen una reparación similar a la que corresponde a un derecho constitucional violado, cuando son pluriofensivos. Es obvio, y en ello no hay

posibilidad de discusión, que la solución propuesta por la Constitución Peruana es discutible<sup>50</sup>. De hecho, toda solución que proponga la reparación de una violación constitucional con el pago de una compensación económica lo es. Pero no se debe perder de vista que la solución en cuestión es la que hoy se acepta mayoritariamente<sup>51</sup> (no en vano el convenio 158 OIT la admite dentro de las posibles formas de reparación ante un despido sin causa) y en nuestro caso parte de la propia Constitución<sup>52</sup>. Es ella la que plantea esa fórmula discutible, no la Ley. Por lo tanto, mientras esa norma tenga la configuración actual, las posibilidades de apertura a interpretaciones como la planteada por el TC, al menos de momento, son por lo menos discutibles.

En conclusión, la sentencia comentada introduce el argumento de la «adecuada protección procesal» en el debate de la constitucionalidad de los despidos incausados, pero dicho argumento difícilmente, como parece ser el propósito del TC, cierra el debate de los alcances del artículo 27 de la Constitución. Al contrario, creemos que el recurso al que acudió el TC ha vuelto a desnudar los vacíos de la sentencia del caso SUTTDP y especialmente los de su aclaración, de manera que los propósitos de sistematización que ella perseguía parecieran no haberse conseguido. Nos parece que, por último, el TC debería replantear el análisis efectuado y, como ya lo hizo en otras materias, reconducir su razonamiento hacia una interpretación estricta de la Constitución de 1993, hasta que ella sea materia de modificación.

46 «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».

47 Habría que decir, no obstante, que el carácter controversial de la sentencia del caso SUTTDP se agudizó con la emisión de la Sentencia Aclaratoria emitida por el TC, la que introdujo elementos no considerados en el debate inicial e interpretaciones que hacían más discutible una sentencia que ya de por sí lo era.

48 Todas ellas referidas por el propio TC en la sentencia del caso Llanos.

49 Por ejemplo, no compartimos la posición del TC respecto de considerar que en el procedimiento de despido las infracciones al procedimiento implican violación al debido proceso en cualquiera de sus modalidades y menos aún que dichas infracciones importen violación al derecho a la tutela judicial efectiva. Ambos derechos son de corte netamente procesal y al no estar ubicados constitucionalmente en el capítulo de derechos de la persona, nos parecen difícilmente oponibles en el procedimiento de despido. En igual sentido, entre nosotros, Arce Ortiz, Elmer, op. cit. P.15. También, Riera Vayreda, Carlos, El despido nulo. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. p 128 y ss. En sentido contrario, Bustamante Alarcón, Reynaldo. Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales. En : Ius et Veritas. Año X No. 21, p. 301 y ss.

50 Sastre advierte lo discutible de las soluciones compensatorias, pero reconoce que ellas están cada día más difundidas. En el caso español, la solución normativa legal genera aún más polémica por cuanto, a diferencia de lo que ocurre en el Perú, no hay una norma constitucional que, como el artículo 27, establezca una clave que permita deducir fórmulas distintas a la simple restitución en el empleo, frente a la violación del derecho al trabajo. Sastre Ibarreche, Rafael, op. cit. p. 249 y ss.

51 Sastre Ibarreche, Rafael. Op cit. p. 249 y ss.

52 A diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con el caso español, en donde el reconocimiento del derecho al trabajo no viene acompañado de una fórmula como la del artículo 27 y a pesar de ello, se admite, aunque discutible, la validez del despido incausado, salvo que este concurra, como en el caso peruano con la violación de otros derechos fundamentales. Por todos, Sastre Ibarreche, Rafael. Op. cit p. 249 y ss. y Riera Vayreda, Carlos, op. cit. p. 128 y ss.