
Los Supuestos de Reposición por Incumplimiento de Requisitos Formales en el Despido

La Construcción del Tribunal Constitucional

Elmer Arce Ortiz

*Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España.
Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú*

Las modificaciones introducidas por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) durante la década pasada, que vinieron a alterar el sistema de calificación y protección del despido peruano, tuvieron entre sus muchas intenciones la de depreciar el valor de los requisitos formales en el despido individual. Frente al modelo que defendía la naturaleza revocable del despido carente de las formalidades legales, instaurado desde el Decreto Ley 18471 y mantenido hasta la Ley 24514, la LPCL otorga validez al acto extintivo siempre que se cumpla con el pago de una indemnización. En su conocido artículo 34 señalaba «si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa (...), el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido».

Por lo demás, dentro de esta nueva categoría de «despidos incausados» se podía contar un sinnúmero de figuras extintivas en las que el empleador actuaba en incumplimiento de las formas jurídicas. A saber, entran en este concepto los despidos verbales o de hecho, donde no existe carta de despido ni procedimiento alguno, los despidos notificados con carta pero donde no se indican los hechos que motivan la extinción ni la fecha de cese y los despidos notificados con carta cuya causa justa se basa en formulaciones ambiguas o imprecisas.

En estas circunstancias, el Tribunal Constitucional peruano ha venido construyendo desde hace algunos años una interesante doctrina que reivindica el valor de los requisitos formales en el despido. Para ello, desde su posición de supremo intérprete de la Constitución, ha encontrado en el derecho al trabajo (artículo 22) así como en el debido proceso (artículo 139 literal 3) fundamentos constitucionales que proscriben los despidos que por incausados devienen en informales. Desde algunos sectores doctrinarios, se ha puesto en tela de juicio la competencia de este órgano para solucionar un

problema en el que únicamente tendría importancia la decisión del legislador laboral, más aún si se tiene en cuenta que el artículo 27 de la Constitución delega a este último la responsabilidad de proteger adecuadamente al trabajador frente al despido arbitrario. Al respecto el profesor Jorge TOYAMA ha señalado que «la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...), no transgrede la Constitución en la medida que prevé, como regla general, el pago de una indemnización ante un despido arbitrario. La LPCL cumple lo dispuesto en la Constitución al regular un tipo de protección a los trabajadores despedidos arbitrariamente» (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición laboral, en Asesoría Laboral, febrero 2003, p. 12). Sin embargo, habría que preguntarse si este encargo al legislador laboral incluye también la delimitación de las fronteras del concepto de «despido arbitrario». Allí, parece residir la gran controversia planteada alrededor del artículo 27.

Es cierto que la LPCL tiene amplia libertad para imponer los mecanismos de reparación del despido que juzgue conveniente, esto es, escoger entre reposición o indemnización, pero es más difícil aceptar que aquella pueda borrar la relevancia constitucional de un despido, tras reconducirlo a un simple «despido arbitrario». A la solución de esta duda, dedicamos la primera parte de este trabajo, mientras que la segunda se orienta al análisis concreto de la construcción del Tribunal Constitucional.

1. Sobre la Arbitrariedad en el Despido Carente de Formalidades Legales

Partamos de la siguiente premisa: El concepto de despido arbitrario no puede quedar al margen del respeto de los derechos del trabajador reconocidos en la Constitución, en tanto ésta prevalece sobre cualquier definición legal. Si el despido viola derechos constitucionales no debe ser declarado sólo despido



Los Supuestos de Reposición por Incumplimiento...

arbitrario, sino además será inconstitucional. De este modo, el concepto de despido arbitrario es un concepto residual que se forma con posterioridad al análisis de la constitucionalidad del despido. Es decir, primero se analiza la compatibilidad constitucional del despido y luego, descartada cualquier contradicción, se puede admitir la arbitrariedad del mismo (ARCE ORTIZ, Elmer. ¿Hacia una nueva noción de despido arbitrario?, en: Asesoría Laboral, marzo 2000, p. 13).

Como ya se sabe, el ejercicio regular del poder de despedir supone la existencia de causa justa debidamente comprobada. Sin embargo, dentro de los confines del ejercicio irregular del poder de despedir, pueden camuflarse motivaciones ilícitas que tienen por finalidad violentar un derecho constitucional del trabajador. Es decir, cuando el despido se transforma en una sanción que pretende negar u obstaculizar el libre ejercicio de derechos como la libertad sindical, la libertad de expresión, la no discriminación, la tutela judicial efectiva, etc. En estos casos, el despido será nulo por inconstitucional y ordenará la reposición del trabajador en su puesto de trabajo. Se reponen las cosas al estado anterior a la violación, pues aquí no se puede aceptar la eficacia extintiva del despido a cambio de una indemnización (en el mismo sentido, y según la legislación, la jurisprudencia y doctrina española, el despido será nulo cuando se produzca «con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador», Ver MARTIN VALVERDE, Antonio y Otros. Derecho del Trabajo, Madrid, 2001, p. 724).

Pero, no es éste el único caso donde el ejercicio irregular del poder de despedir conlleva una afectación constitucional. Junto a la motivación del despido, esta lesión puede darse en el momento de la realización del despido. Y es éste el supuesto de mayor interés de cara a la exigencia de formalización de la decisión extintiva del empleador. El problema es que los requisitos formales son diversos y no todos parecen tener relevancia constitucional. Me explico, por ejemplo la exigencia de una carta para notificar el despido de un trabajador puede constituir un mecanismo de protección del derecho de defensa del trabajador, sobre todo si me refiero a la causa, a los hechos que provocaron el acto empresarial y a la fecha de fin del contrato (MONEREO PEREZ, José Luis. Forma y procedimientos del despido disciplinario. En: La reforma del estatuto de los trabajadores, Tomo II, El despido. AAVV, dirigidos por Efrén Borrajo Dacruz. Madrid. Revista de Derecho privado/Editoriales de Derecho Reunidas. 1994, pp. 249 ss). En este caso, éstos vendrían a constituirse en aspectos esenciales de la carta de despido (así también lo menciona el artículo

32 de la LPCL). Sin embargo, pueden existir otros aspectos de la misma carta de despido que no son relevantes para que el trabajador articule su defensa en el proceso judicial de impugnación del despido. Entre estos últimos, se puede contar la fecha en que se suscribe la carta, por ejemplo.

De otro lado, resulta más difícil de establecer un nexo constitucional con el procedimiento previo que ha de instaurarse antes de la ejecución del despido a que se refiere el artículo 31 de la LPCL. Es muy difícil fundamentar la afectación constitucional desde un procedimiento que no reviste rasgo alguno que lo asemeje al proceso judicial. Desde este punto de vista, es dudoso que se pueda aplicar la actuación de los derechos constitucionales procesales a este tipo de procedimiento.

En conclusión, a pesar de los matices y de las diversas situaciones en que actuarían los derechos constitucionales procesales como fundamento de los requisitos de forma del despido, es claro que el legislador laboral no puede estructurar el contenido del concepto de despido arbitrario a su libre entendimiento. Debe, antes que nada, efectuar un análisis de constitucionalidad del despido. Solo después de esta operación, se podrá definir el contenido del concepto de derecho arbitrario al que se refiere el artículo 27 de la Constitución Política del Perú de 1993.

2. Los Despidos Informales y la Construcción del Tribunal Constitucional

2.1. La Tutela Restitutoria de la Acción de Amparo en los Casos de Despidos Inconstitucionales. ¿Un debate zanjado a partir del nuevo Código Procesal Constitucional?

Dado que el artículo 29 de la LPCL restringió la facultad del trabajador de demandar la nulidad del acto extintivo a los supuestos enumerados en su listado (afectación de la libertad sindical, de la tutela jurisdiccional en los despidos por represalia y del mandato de no discriminación), por entender que existe violación de un derecho constitucional, se intentó derivar la protección de los derechos constitucionales excluidos de la lista a la insuficiente vía procesal del despido arbitrario. Es decir, bajo esta interpretación se buscaba diferenciar sin razón aparente los efectos de despidos violatorios de la Constitución. De un lado, se reconocía la existencia de «despidos inconstitucionales nulos» a los que se negaba efectos extintivos y se

ordenaba la reposición del trabajador, y de otro, se admitían los «despidos inconstitucionales arbitrarios» a los que se les reconocía efectos extintivos siempre que se cumpla con pagar la indemnización tasada correspondiente (artículo 34 de la LPCL).

El argumento de fondo de esta postura es sin ninguna duda irrazonable, por cuanto el legislador laboral no puede interpretar la Constitución en el sentido de atribuir distintos niveles de relevancia entre los derechos constitucionales. Los derechos constitucionales tienen una misma trascendencia jurídica que se traduce en su naturaleza indisponible. La importancia que estos derechos asumen en cualquier ordenamiento jurídico, está en relación con la propia configuración del Estado democrático y social (artículo 43 CP) (Al respecto, sobre la relevancia de los llamados derechos fundamentales en todo Estado de Derecho, Vid. DIAZ, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática, Madrid, 1983, pp. 38 ss). Y por tal motivo, señala FIX ZAMUDIO que la protección de los derechos constitucionales debe asegurar «la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos derechos de carácter patrimonial, aquellos derechos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalente» (La protección jurídica y procesal de los derechos constitucionales ante las jurisdicciones nacionales, Madrid, 1982, p. 49).

No obstante, en esta discusión, el Tribunal Constitucional se ha encargado de poner fin al debate. Desde hace buen tiempo, en innumerables procesos de Acción de Amparo, el supremo intérprete de la Constitución ha dejado bien claro que «no realiza en el presente caso una calificación de despido arbitrario en los términos establecidos por el artículo 67 del TUO de la Ley de Fomento del Empleo, D.S N° 05-95-TR, para que pueda discutirse si procede su reposición o indemnización; sino la evaluación de un acto, el despido, que eventualmente, resulte lesivo de los derechos fundamentales» (Caso Cossio, Exp. N° 1112-98-AA/TC, Fundamento 2). Y más recientemente, ha dicho el mismo Tribunal: «la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer ni disminuir la dignidad

del trabajador (artículo 23). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral. Por esta razón, la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, como en la presente controversia, debe también plantearse tomando como base a la eficacia inter privados de los derechos constitucionales» (Caso Sindicato de Telefónica del Perú S.A., Exp. N° 1124-2001-AA/TC, Fundamento 7). Más que el mismo despido, se persigue el resultado inconstitucional del mismo.

De esta manera, los derechos excluidos del listado del artículo 29 de la LPCL serán protegidos por la vía del amparo, declarando la reposición del trabajador en su puesto como forma de «reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional» (artículo 1 de la Ley 23506). Es decir, el punto de inflexión que marca la opinión del Tribunal Constitucional es que los llamados «despidos inconstitucionales arbitrarios» serán revocados en un proceso constitucional, en la medida que antes de ser arbitrarios son infractores de la constitucionalidad.

**“(…) los llamados
«despidos
inconstitucionales
arbitrarios» serán
revocados
en un proceso
constitucional (…)”**

Ahora bien, esta construcción de nuestro Tribunal Constitucional tampoco ha de cambiar a raíz de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley 28237. Y decimos esto, en la medida que si bien la acción de amparo ha dejado de ser una vía alternativa a la vía ordinaria, para convertirse en una vía residual respecto de aquella (ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, Código Procesal Constitucional, Lima, Palestra, pp. 140 ss), hay que tener presente que la vía laboral de impugnación del despido (vía ordinaria) no es «igualmente satisfactoria» que la acción de amparo (vía extraordinaria). Según el artículo 5 del mencionado Código Procesal Constitucional, para que no proceda la acción de amparo, es necesario que «existan vías procedimentales especificadas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado».

De acuerdo a este nuevo marco legal, tendría que existir en el ámbito laboral una vía procesal que



Los Supuestos de Reposición por Incumplimiento...

permita impugnar todos los despidos inconstitucionales. Y, además, con la misma eficacia que la que despliega el proceso constitucional del amparo. No obstante, como ya se dijo, en el ámbito laboral sólo estarían protegidos los despidos cuya motivación se base en algunos de los motivos signados en el artículo 29 de la LPCL. ¿Y los demás?. Por ejemplo, qué pasa si un despido restringe la libertad de expresión de un trabajador o si un despido viola el derecho de defensa o el debido proceso. Cerrar la vía del amparo a estos casos, implicaría trasladar su tutela a la vía del despido arbitrario, al que sólo corresponde el pago de una indemnización. Y sería así, en la medida que el perjudicado por un despido sólo tiene la posibilidad de demandar o bien por despido nulo o bien por despido arbitrario. En otras palabras, volveríamos a lo mismo que se criticaba al principio de este apartado, pues los despidos inconstitucionales en el ámbito laboral asumirían cualquiera de las siguientes dos caras: de un lado, los inconstitucionales nulos y, de otro, los inconstitucionales arbitrarios compensados por una cantidad de dinero.

De esta forma, el proceso laboral, en cuanto al tema de la impugnación del despido, no constituye un remedio apropiado ni suficiente para tutelar las violaciones de derechos constitucionales. Mientras no se expanda el ámbito de protección del despido nulo, en la legislación laboral, no se podrá hablar de una reparación equivalente a la que presta la acción de amparo. Razón por la cual, seguirá siendo un mecanismo procesal abierto a la impugnación del despido.

Finalmente, hay que aclarar que los despidos meramente arbitrarios, esto es, los que no tienen ninguna relevancia constitucional, quedan fuera de cualquier impugnación por la vía de la acción del amparo. En la actualidad, es un punto de consenso en la doctrina nacional que el grado de aplicación o eficacia del artículo 27 de la Constitución no se deduce inmediatamente de su literalidad, sino, por el contrario, su aplicación requiere el desarrollo legal del precepto. Es un derecho de «configuración legal», como afirma BLANCAS BUSTAMANTE (El despido en el derecho laboral peruano, Lima, p. 117), que implícitamente reconoce al legislador laboral la competencia para regular, sin desnaturalizar el orden constitucional, «la protección contra el despido arbitrario». Por ello, aunque coincidimos con TOYAMA cuando dice que «la Constitución ha diferido el grado de protección ante un despido arbitrario a los designios de la ley: la sanción frente a un despido es el pago de una indemnización» (El tribunal constitucional y los supuestos de

reposición..., op. cit., pp. 17-18), discrepamos con el mismo autor cuando atribuye a un sector doctrinal la postura contraria. Nadie cree en el Perú, que frente a un despido arbitrario desprovisto de afectación constitucional, quepa la posibilidad de interponer una acción de amparo.

2.2. Requisitos Formales del Despido y Constitución

Como se deduce de los artículos 31 y 32 de la LPCL, la sistemática de los requisitos formales del despido relacionado con la conducta o incapacidad del trabajador, se divide en tres ámbitos: primero, la comunicación por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa y la fecha del cese; segundo, otorgar por escrito un plazo razonable al trabajador no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le imputan o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia y, tercero, el respeto del principio de inmediatez. Bajo este esquema, vamos analizando la relevancia constitucional de cada requisito formal.

2.2.1. La Carta de Despido y la Causa justa

2.2.1.1. Protección Constitucional de la Causalidad del Despido

A. Derecho al Trabajo y Causa Justa

Como es bien sabido, el artículo 22 de la Constitución enuncia que «el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona». Sin embargo, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la misma Constitución, la interpretación de este derecho fundamental llamado «derecho al trabajo» debe hacerse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú en esta materia. En este sentido, habrá que remitirse obligatoriamente al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como «Protocolo de San Salvador».

El artículo 7 del mencionado Protocolo precisa que el derecho al trabajo, luego de haber sido enunciado en el artículo anterior, «supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones, 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 la indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional». Es decir, el derecho al trabajo se convierte en un importante pilar del régimen de «despido causal», pues toda extinción unilateral del vínculo laboral por el empleador debe fundarse en una causa justa.

El principio de «causalidad del despido» debe entenderse planteado respecto del acto extintivo y no del medio de reparación (NEVES MUJICA, Javier. *Sentencia del Tribunal Constitucional: Caso Telefónica*, en Asesoría Laboral, octubre 2002, p. 13). Por ejemplo, no es lo mismo condicionar la validez del despido a la existencia de una causa, que condicionar el pago de una indemnización a la existencia de una causa que fundamente su voluntad extintiva dando por supuesta la validez del despido. Dicho de otro modo, mientras en la primera postura se prohíben los despidos incausados, en la segunda los despidos incausados serían convalidados con el pago de una indemnización, por no cumplir con el requisito de exoneración: alegar una causa de despido.

Por lo demás, es ésta la vía de interpretación que ha adoptado el propio Tribunal Constitucional peruano en su sentencia de 11 de setiembre de 2002, en cuanto señaló que el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: «El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa» (Fundamento 12). No obstante, dado que ello podía entenderse como un destierro total del concepto de despido arbitrario, el Tribunal en su Resolución de aclaración de la citada sentencia (publicada el 18 de setiembre de 2002) afirma que resulta contrario a la Constitución el despido sin motivación (Fundamento 2.4). En otras palabras, queda prohibido el despido donde no se impute previa y formalmente una causa, mientras la categoría de «despido arbitrario» quedaría reducida a despidos que aunque provistos de una causa, ésta no puede ser probada en juicio.

Finalmente, cabe agregar que esta construcción jurisprudencial que distingue hasta dos ámbitos en el contenido esencial del derecho al trabajo, esto es, el aspecto programático y la exigencia de causa justa para la no conservación del puesto de trabajo, tiene antecedentes tanto en la jurisprudencia del propio Tribunal como en la doctrina nacional. No es nuevo, a pesar que TOYAMA MIYAGUSUKU diga lo contrario

(El Tribunal Constitucional y los supuestos de reposición..., op. cit., p. 16), que el Tribunal Constitucional haya recurrido al derecho al trabajo a efectos de ordenar la reposición del demandante. Por ejemplo, se debe citar la Sentencia del 2 de Octubre 1995 que recayera en el proceso de amparo iniciado por un trabajador contra la Cooperativa Agraria Pucalá (Exp. N° 2004-94-AA/TC, Lambayeque) o la Sentencia de 13 de Junio de 1997 (Exp. N° 111-96-AA/TC). De otro lado, ya SANGUINETTI RAYMOND, a propósito de la Constitución de 1979 señalaba que: «el derecho al trabajo consagrado en el artículo 42 debe ser entendido en ambos sentidos, (...) ya que resultaría paradójico e incongruente que nuestra Constitución promoviese el acceso al empleo pero no su conservación» (El derecho de estabilidad en el trabajo en la constitución, *Trabajo y Constitución*, Lima, Editorial Cuzco, 1989, p. 88).

B. La Situación de Indefensión del Trabajador en el Proceso Judicial de Impugnación del Despido y los Despidos sin Causa

A la hora de evaluar la constitucionalidad de un despido también es muy frecuente analizar qué papel juega el bloque de derechos procesales constitucionales en la obligación empresarial de expresar la causa de la extinción. En concreto, el derecho de defensa (inciso 14 del artículo 139), y por ende el debido proceso (inciso 3 del artículo 139), en tanto principios constitucionales que inspiran la función jurisdiccional, serían afectados si es que el trabajador impugna judicialmente su despido sin conocer los motivos del mismo. El derecho de defensa, ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional en un caso de despido, es un aspecto constitutivo del debido proceso, «en la medida que garantiza estándares mínimos de justicia y hacen posible una tutela judicial válida y legítima» (Sentencia publicada en el diario oficial «El Peruano» el 21 de setiembre de 2000, Exp. N°794-99-AA/TC, Fundamento 6).

Precisamente, la producción de un despido con ausencia absoluta de forma escrita (vg. sin carta), podría negar al trabajador la posibilidad de ejercitar de modo regular su derecho de defensa en el proceso judicial de impugnación del acto extintivo. Estos despidos, al provocar el desconocimiento total de sus motivos, implican una manifiesta imposibilidad para articular la defensa jurisdiccional del trabajador afectado. Circunstancia ésta que, de ocurrir, generaría una suerte de «indefensión», entendida como «la situación en que quedan los titulares de derechos



Los Supuestos de Reposición por Incumplimiento...

o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa» (Sentencia del Tribunal Constitucional español 38/1981, de 21 de noviembre).

De igual manera, esto último también habría que predicarlo de cara a los despidos que a pesar de cumplir con el requisito de notificar la extinción vía carta no indican la causa o que, indicándola, lo hacen de modo ambiguo o impreciso, en la medida que también generan una situación de indefensión del trabajador. En todo caso, se trata aquí de declarar inconstitucionales todos los despidos desprovistos de carta y en general todos aquéllos que imposibiliten al trabajador articular su defensa con todas las garantías procesales necesarias. En suma, el debido proceso resulta ser, junto al derecho al trabajo, una garantía de protección al principio de causalidad del despido.

2.2.1.2. La Expresión de Causa Irreal o Ficticia

El inconveniente de asumir una posición formalista respecto del principio causal del despido es la gran facilidad que deja para encubrir comportamientos elusivos, pues bastaría siempre alegar una causa con el fin de evitar la acción tutelar del derecho al trabajo y, con ello además, la reposición en el empleo. El problema se plantea, entonces, cuando el empleador utiliza como causa de despido un hecho irreal o ficticio. Téngase presente que esta situación puede ocurrir en dos supuestos que a primera vista aparecerían dentro de las fronteras del «despido arbitrario»: i) el despido con procedimiento previo, imputación de cargos y carta de despido cuyo motivo no se puede probar en juicio; y, ii) el despido que, a pesar de no respetar las formalidades legales de procedimiento, imputa los cargos y presenta una carta de despido cuyo motivo tampoco se puede probar en juicio.

Como se ve, en ambos casos un análisis formal podría esconder causas justas de extinción inexistentes. Lo peligroso es que dado que los hechos irreales o ficticios imputados al trabajador no podrán ser probados en juicio, salvo que se utilicen pruebas fraudulentas, éstos vayan a ser tratados como simples despidos arbitrarios. Esto sería contradictorio, puesto que un despido basado en una causa inexistente es equiparable a un despido incausado. Una causa inventada es sin ninguna duda una causa inexistente en el plano jurídico. En consecuencia, a la inexistencia de causa debe seguir la declaración de inconstitucionalidad del despido, en la medida que viola el derecho al trabajo.

Y es precisamente esa la postura que ha asumido en una Sentencia reciente el Tribunal Constitucional

(Sentencia publicada el 18 de febrero de 2003, Exp. N° 1001-2001-AA/TC) cuando ha señalado que: «en el caso de autos es evidente que la demandada no sólo no ha acompañado elementos probatorios que respalden inobjetablemente su proceder, sino que, por el contrario, tampoco ha podido desvirtuar las instrumentales de fojas 28 a 34 (...), y en las que aparece una versión de los hechos totalmente distinta a la señalada por la empresa demandada» (Fundamento d). A pesar de contar con una causa suficiente para producir la extinción unilateral del contrato (esto es, presentación a Telefónica del Perú de facturas sobrevaluadas, quebrantar la buena fe laboral al hacer mal uso de la confianza depositada generando un documento adulterado y perjudicar económicamente a la empresa), el Tribunal parece desconfiar de la «seriedad» y «realidad» de estas faltas, en virtud de la inexistencia de pruebas. En concreto, según parece la empresa demandada no ha presentado la comunicación que supuestamente le dirigiera el propietario del Hostal Latino, en la que quedaría probada la comisión de la falta grave por parte del trabajador (Fundamento c) de la sentencia).

Ahora bien, de lo anterior no se puede deducir que la causa invocada en la carta de despido haya perdido toda trascendencia, pues, al contrario, aquélla ha de gozar de una presunción de legitimidad. En principio, lo dicho por el empleador se entiende como hechos «reales» y «serios». Razón por la cual, corresponderá al trabajador la carga de probar que los hechos en los cuales se sustenta su despido resultan ficticios o irreales. Es más, según el artículo 27 de la Ley Procesal del Trabajo, corresponde a las partes probar las afirmaciones que configuran su pretensión, por lo que en este caso la «necesidad» la tiene el trabajador. A diferencia de los despidos incausados comunes (los que no tienen carta o que teniéndola no indican la causa), aquí el trabajador debe desplegar su actividad probatoria, con el fin de desvirtuar la presunción de legitimidad de la causa justa de extinción (Sobre el tema probatorio, PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y presunciones en el proceso laboral*, Lima, ARA editores, 1997).

Si el trabajador carece de pruebas al presentar la demanda de amparo (léase «prueba instrumental», de conformidad al artículo 13 de la Ley 25398) para acreditar que su despido se basó en causas ficticias o irreales, la declaración del mismo deberá ser la de despido arbitrario. Por lo demás, no será necesario que el trabajador aporte la prueba plena de este supuesto, puesto que bastará la introducción de algunos indicios que sirvan de elementos para crear un marco de

convicción en el juez (artículo 41 de la Ley Procesal del Trabajo y artículo 276 del Código Procesal Civil). No es suficiente la mera alegación del hecho violatorio del derecho al trabajo, es además necesario que el trabajador afectado despliegue una actividad probatoria, por mínima que sea, tendiente a procurar en el juez certeza de que el comportamiento extintivo del empresario se fundó en hechos irreales o ficticios. Aquí, los mecanismos de facilitación probatoria deben ser puestos a la mano del trabajador demandante (Sobre el particular, se puede ver nuestro trabajo *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 140 ss).

Normalmente, el empleador, como ya se dijo, no presentará ninguna prueba de la causa de despido invocada, por cuanto su actuación se basa en un hecho irreal. Y los hechos irreales no pueden comprobarse materialmente. Así, en este caso, al trabajador se le exigirá aportar, desde el momento de la presentación de la demanda de amparo, la prueba de indicios que acrediten el engaño, para trasladar el onus probandi o carga de la prueba al empleador. Una vez acreditada la inconducta del empleador, y como quiera que el empleador no ha efectuado prueba alguna, éste podrá recibir un pronunciamiento judicial desfavorable.

De otro lado, cuando el empleador prueba el hecho irreal mediante una prueba fraudulenta, bastará que el trabajador, sobre la base de las pruebas adjuntadas con la demanda de amparo, interponga una tacha contra el medio probatorio por ser falso y lo desvirtúe. Con esta actuación, el trabajador no sólo deja sin fundamento probatorio la posición del empleador, sino que deja en evidencia su comportamiento ilegítimo. De forma automática, la insuficiencia probatoria nuevamente perjudicará al empleador.

En función a lo expuesto, cabe resaltar que tan importante es perseguir a los despidos basados en hechos ficticios o irreales, por ser contrarios al derecho al trabajo en la medida que no tienen causa, como instituir reglas de prueba adecuadas para no vaciar completamente de contenido el concepto de «despido arbitrario». De no valorar la relevancia de estas reglas

de prueba, se corre el riesgo de considerar a los despidos irreales como una regla general, cuando debieran ser tratados como una excepción. Repitiendo, la sola inexistencia de prueba por parte del empleador no convierte al despido en violatorio del derecho al trabajo, el trabajador debe probar que la causa es irreal, ficticia o desorbitada.

Para terminar con los despidos basados supuestamente en hechos irreales o ficticios, el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 18 de Febrero, ya citada, no aclara si las instrumentales a que se refiere son sólo alegatos del trabajador sin prueba que las respalde o hechos ya probados. Esto es fundamental en cuanto este material probatorio debe dirigirse a acreditar que el despido fue sustentado en el engaño.

“ De no valorar la relevancia de estas reglas de prueba, se corre el riesgo de considerar a los despidos irreales como una regla general, cuando debieran ser tratados como una excepción.”

Por ejemplo, se podría probar que la comunicación que el propietario del Hostal envió a Telefónica del Perú, donde supuestamente reconocía la comisión de falta grave del trabajador, nunca existió. Y en ese sentido, es que el Tribunal Constitucional utiliza el siguiente indicio: «el representante de la demandada ni siquiera llega a precisar si la citada comunicación inculpativa fue cursada por el propietario del Hostal Latino o por alguno de sus trabajadores» (Fundamento d) de la sentencia).

Como se ve, el propio Tribunal busca elementos probatorios que respalden el alegato del trabajador, esto es, que la comunicación del Hostal es un hecho inventado, irreal o ficticio. La sentencia no menciona más indicios de prueba que el de no saber quién suscribe la comunicación inculpativa. Y precisamente, sobre la valoración del mismo es que el Tribunal parece entender que el despido no tuvo causa, o lo que es lo mismo que la causa imputada era inventada, y que ello configuraba un atentado contra el derecho al trabajo.

2.2.1.3. La Expresión de Causa Manifiestamente Insuficiente

La exigencia de causa como un requisito de forma más, conduce paralelamente a otro problema: el de la imputación de un hecho que no merece el despido del trabajador. A diferencia del supuesto anterior, el despido se basa en conductas «ciertas y reales» del



Los Supuestos de Reposición por Incumplimiento...

trabajador, pero o bien plenamente lícitas en el ordenamiento laboral o bien insuficientes para producir la extinción del contrato. Como se puede notar, en ambos casos, el juez ha de calificar lo alegado por el empleador, pues tendrá que considerar si el comportamiento del trabajador es lícito o ilícito o tendrá que decidir si la causa es suficiente o insuficiente para sustentar una sanción tan fuerte como es el despido. He aquí, lo más problemático de esta modalidad.

Respecto al primer supuesto, el del despido basado en un ejercicio aparentemente ilícito de un derecho constitucional, el juez habrá de calibrar, o interpretar, si la acción del trabajador se encuentra dentro de las causales de despido o no. Por ejemplo, a un trabajador que participó en una huelga que degeneró en hechos violentos, se le acusa como causante directo del daño producido a las instalaciones de la empresa. Esta decisión empresarial habrá de ser evaluada por el juez, quien, valorando las pruebas respectivas, decidirá si el trabajador efectivamente cometió actos de violencia o si, por el contrario, hizo un ejercicio legítimo de su derecho de huelga. Si cometió actos de violencia corresponde confirmar el despido (artículo 25 inciso g de la LPCL); en cambio, si el juez admite que el acto fue legítimo, deberá revocar el despido. Para este segundo caso, hay que señalar que se estaría agravando un derecho constitucional, por lo que no cabe otra declaración que la de nulidad del despido.

Además, en este segundo caso, también ocurre una vulneración al principio de tipicidad de la falta grave en el campo laboral, por lo que por esta razón el despido nuevamente deviene en inconstitucional. Así lo ha reconocido el mismo Tribunal Constitucional en su sentencia de 21 de enero de 1999, cuando ha dicho que: «conforme al artículo 2 inciso 24) literal «d» de la Constitución Política del Estado, el principio de tipicidad impone que los hechos (actos u omisiones) tipificados como infracción punibles deben ser establecidos de forma expresa e inequívoca...» (Caso Cossio, Exp. N° 1112-98-AA/TC, Lima). Es decir, a la inexistencia de causa de despido, en cuyo caso ya implica una afectación al derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución), se suma la transgresión al principio de tipicidad. Es más, incluso en muchos casos, esta doble afectación puede coincidir con la violación directa de un derecho constitucional del trabajador (vg. despido de un trabajador por participar en una huelga lícita).

En cuanto al segundo supuesto, el tema se vuelve más complejo. Si al despido que se basa en un hecho que a pesar de estar tipificado como «falta» no puede ser calificado de «grave» o en un diagnóstico

que no demuestra la incapacidad del trabajador para desempeñar sus tareas habituales se le extiende la calificación de arbitrario, ello conllevaría poco menos que reconocer un poder de despedir en ausencia de causa. Me explico, desde este punto de vista, el despido de un trabajador podría fundarse en un hecho sin trascendencia ni entidad extintiva. Así, por ejemplo, el trabajador puede ser despedido por desobedecer la orden de guardar sus utensilios laborales en su casillero, aun cuando el literal a) del artículo 25 de la LPCL exige que la desobediencia sea «reiterada» y que revista «gravedad».

En estos casos, se requiere que el juez someta la decisión unilateral extintiva del empleador a un análisis de proporcionalidad entre la infracción y la sanción (Sobre el requisito de la proporcionalidad en el despido, Ver BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el derecho laboral peruano..., op. cit., pp. 233-234). Si la infracción no es lo suficientemente grave para sustentar un despido y solo debería acarrear una amonestación o una suspensión, entonces el juez no puede convalidar los efectos extintivos de un acto donde no exista una causa «real y suficiente». Hacerlo, implicaría vulnerar el llamado derecho al trabajo (artículo 22 CP), en cuanto se quiebra el principio de causalidad.

Para nuestro Tribunal Constitucional, la desproporción y la irrazonabilidad de la sanción (el despido) «tergiversa los alcances del debido proceso, no sólo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos» (Fundamento 8 de la Sentencia TC en la acción de amparo interpuesta por Rafael Francisco García contra SERPOST S.A., exp. 1058-2004-AA/TC). Señala que las medidas disciplinarias deben ser aplicadas tomando en cuenta los hechos, la gravedad de las faltas y los antecedentes del trabajador, más aún si estamos hablando de la más grave de las penas en el ámbito sancionador laboral. Es decir, el juez podrá ponderar la razonabilidad y la proporción de la medida extintiva que tomó el empleador.

Ahora bien, es claro que la necesidad de plantear este juicio de proporcionalidad entre infracción y sanción se produce sólo respecto a los despidos donde el empleador tiene la libertad para calificar la gravedad de la conducta o de la incapacidad. Por el contrario, cuando la infracción se halla completamente delimitada en la norma, la imputación de hechos para sustentar el despido se deberá hacer en este marco jurídico, si es que no se quiere afectar tanto el principio de causalidad (artículo 22 CP) como el de tipicidad. Incluso, en este último caso se puede predicar la afectación del derecho

de defensa y del debido proceso, tal como lo hizo hace ya varios años el propio Tribunal Constitucional peruano. En aquella oportunidad, en la sentencia publicada el 5 de febrero de 1998 en «El Peruano», el TC declaró contrario al derecho constitucional al debido proceso del demandante, el despido que «consigna la causa de rendimiento deficiente, sin tener en cuenta que la propia Ley de Fomento del Empleo, señala que aquél debe medirse en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares». (Caso Elías Napurí, Exp. N° 976-96-AA/TC, Fundamento 6 y 8).

Por último, como ocurre en los procesos de amparo en los que se alega la existencia de una causa irreal o ficticia, nuevamente la causa imputada por el empleador como motivo de despido tendrá que presumirse «suficiente». El empleador no habrá afectado aparentemente el derecho al trabajo, en la medida que imputó de modo formal una causa de despido, sin embargo, corresponderá al trabajador probar que tal despido es desproporcionado respecto a la infracción cometida, es decir que no tuvo causa, si no quiere perjudicarse con un pronunciamiento en contra. En esta línea, el trabajador despedido deberá referirse al contexto donde se produce la infracción, al currículum laboral, a los antecedentes sancionadores del empleador, a la importancia del cargo que desempeñaba, a la responsabilidad que tenía respecto de las labores, etc. Por lo demás, en caso el trabajador no pueda desenmascarar la desproporción entre la infracción y el despido, la insuficiencia probatoria en el juicio convertirá al despido en un «despido arbitrario», ajeno a toda relevancia constitucional. Incluso, en el mismo supuesto de falta de prueba del demandante en el proceso de amparo, debería mantenerse la misma conclusión si el empleador no despliega actividad probatoria alguna.

2.2.2. El Procedimiento Previo y Derecho de Defensa

El mismo Tribunal Constitucional ha convenido «reiterar la plena eficacia, *erga omnes*, de los derechos fundamentales de orden procesal, constitutivos del denominado derecho constitucional procesal, también en el seno de las instituciones privadas como es el caso de la demandada en mérito a la eficacia frente a terceros, del que ellos se hallan revestidos, como todo derecho constitucional» (Sentencia del 21 de enero de 1999, recaída en la acción de amparo interpuesta por Cossio Tapia y otros -expediente 1112-98-AA/TC-).

Como se ve, se ha aceptado que los derechos de naturaleza procesal no sólo tienen como ámbito de

actuación el proceso judicial, y a lo más de forma analógica el procedimiento administrativo, sino también los procesos que se instauran al interior de instituciones privadas o en relaciones jurídicas entre privados (Para un apoyo doctrinal a esta postura desde una perspectiva procesal constitucional, Ver BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales, en *Ius et Veritas*, Revista de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Lima, N° 21, noviembre 2000, pp. 301-310). Ahora bien, la consecuencia directa de esta construcción es la de eliminar un supuesto más de despido arbitrario. A los ya prohibidos por el derecho al trabajo (los despidos sin causa), se suma otra proscripción: la del despido sin procedimiento previo ni preaviso, aún cuando se haya imputado una causa en la carta de despido. Visto el tema a la inversa, el único supuesto de despido arbitrario que constituiría su contenido sería el despido con procedimiento previo, con carta y con causa que no es posible probar en juicio.

No obstante, la tendencia protectora de esta construcción del Tribunal Constitucional, hay que señalar que ésta presenta ciertas deficiencias en su fundamento técnico jurídico. En primer lugar, cualquier interpretación de estos derechos procesales constitucionales debe atender a la ubicación de estos preceptos en la Constitución Política peruana, por cuanto se hallan en el artículo 139 bajo la nomenclatura de «principios y derechos de la función jurisdiccional», y no en el capítulo I, referidos a los «derechos fundamentales de la persona». Tanto el Derecho de Defensa como el Debido Proceso, se encasillan en un marco determinado: un proceso judicial. A lo más, y siguiendo a un sector de la doctrina nacional, la aplicación del debido proceso es predicable también en procedimientos administrativos, a fin de evitar resoluciones arbitrarias (Vid. DE BERNARDIS, Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Editores Cultural Cusco, 1995, pp. 415 ss).

Asimismo, en segundo lugar, no se debe perder de vista las consecuencias prácticas de extender a los derechos constitucionales de orden procesal la eficacia en relaciones de particulares (no sólo se refiere a las relaciones jurídicas laborales, sino también las civiles o mercantiles por ejemplo), pues ello podría aparejar la implementación de un sistema de «nulidad formal», cuya materialización comportaría un efecto desnaturalizador en las reglas que sobre «forma del acto jurídico» contiene el derecho común. Así, supongamos, de detectarse la infracción de una forma ordenada por ley en la configuración de un acto al interior de una relación jurídica privada, podría



Los Supuestos de Reposición por Incumplimiento...

solicitarse la nulidad del mencionado acto, argumentando violación al debido proceso, aun cuando el Código Civil reserva la sanción de nulidad a supuestos específicos y, sobre todo, expresos. Es más, la literalidad del artículo 144 del Código Civil de 1984 que señala que «cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto quedaría vaciado de todo contenido, pues la omisión, según la predicada eficacia frente a terceros de los derechos constitucionales de orden procesal, conllevaría también la inexistencia del propio acto. En conclusión, si bien el Tribunal Constitucional puede interpretar la legislación conforme a la Constitución, la forma de cualquier acto jurídico, ya sea dentro del ámbito laboral o ya sea fuera de él, tendería a cargarse de un poder inusitado, situación ésta que no se corresponde con la actual regulación del derecho común.

De lo expuesto, no se puede extraer otra conclusión que la siguiente: los derechos constitucionales procesales actúan solamente en el seno de un proceso, cuyo ejemplo paradigmático resulta ser el judicial. Lo cual implica negar, desde nuestra opinión, que en un procedimiento privado donde el empleador actúa simultáneamente como juez y parte, se pueda detectar una inobservancia de determinadas garantías que el constituyente quiso restringir sólo a la función jurisdiccional. En otras palabras, un despido que omita el procedimiento previo del despido debe presumirse, en principio, meramente arbitrario, salvo que esta omisión vaya acompañada de la no expresión de causa, en cuyo caso sí se obstaculizaría el normal juego del derecho de tutela jurisdiccional, el derecho de defensa, el debido proceso o el principio de contradicción al interior del proceso judicial.

Finalmente, nuestra opinión de que un despido infractor del requisito del artículo 31 no afecta bienes constitucionales por sí mismo, no debe suponer nuestro acuerdo con la opción de la LPCL que anuda los efectos de la inexistencia de procedimiento previo de despido con la de calificación de «despido arbitrario». Si bien ésta será la consideración que le corresponda en nuestro ordenamiento, no parece la más adecuada si lo que se quiere es que el artículo 31 tenga una labor esclarecedora de las faltas imputadas. Si lo que se quiere es darle un mayor peso al requisito del procedimiento previo al despido, habrá que crear legalmente un sistema de «nulidad del despido por motivos formales» que pueda ser subsanado con la tramitación de un nuevo despido y en un plazo razonable, siempre que exista causa justa «real, seria y suficiente». La tramitación de un nuevo despido, al tiempo que no elimina la facultad de despedir por la omisión de requisitos de forma, obligará al

empleador a poner mayor atención al alegato de defensa del trabajador. En este sentido, el derogado artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores español, referido al supuesto de nulidad por inobservancia de requisitos formales, decía que «el posterior cumplimiento de dichos requisitos no constituirá nunca subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido que surtirá efectos desde su fecha (...), el nuevo despido podrá efectuarse en un plazo de siete días siguientes a la declaración de nulidad del despido».

2.2.3. El Principio de Inmediatez

El tercer requisito formal a que se refiere nuestra LPCL es el referido al principio de inmediatez. Este principio alude a que «el momento en que se produzca el despido debe guardar relación inmediata con aquél en el cual el empleador conoció o comprobó la existencia de la falta cometida por el trabajador» (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano...*, op. cit., p. 234). Si bien no hay parámetros temporales exactos entre el conocimiento del hecho que motiva el despido y la declaración del mismo, este plazo no debe ser muy prolongado a efectos de librar al trabajador de una continua responsabilidad por infracciones pasadas. El despido, en otras palabras, se sujeta a un plazo prescriptivo de los poderes sancionadores del empleador.

Ahora bien, la voluntad que exima de pena a la infracción cometida o a la incapacidad del trabajador se entenderá como un «olvido» de la causa extintiva. No importa que esta voluntad haya sido expresa, como ocurre en el perdón de la falta, o que sea tácita, como cuando el empleador pese a conocer la falta deja transcurrir el tiempo sin imponer el despido como sanción, pues lo relevante es que tal hecho infractor ya no puede alegarse como causa de la extinción.

De este modo, en la lógica del razonamiento del Tribunal Constitucional el despido basado en una causa que ya no es tal por encontrarse condonada, vulneraría el llamado derecho al trabajo. La inobservancia del principio de inmediatez en un despido lejos de ser una simple omisión formal, resulta una afectación directa al principio de causalidad del despido. ¿Cómo reconducir por la vía del despido arbitrario un acto extintivo basado en una causa inexistente?. Si la causa se entendió condonada o perdonada por el empleador, esto quiere decir que la causa que existió ya no existe. Es más, se debe señalar que las facultades sancionadoras en el caso concreto o bien se perdieron por propia decisión del empleador o bien decayeron por el transcurso del tiempo.

En conclusión, corresponderá la declaración de nulidad a la decisión extintiva empresarial que no respete el principio de inmediatez, en la medida que ello comporta un atentado al artículo 22 CP que reconoce el derecho al trabajo