

*Libertad sindical, derecho al trabajo y estabilidad laboral en los últimos días. Acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional**

Michael Vidal Salazar

Abogado. Catedrático de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCION

El 11 de julio del 2002, el Tribunal Constitucional emitió una de las sentencias más controvertidas de los últimos años. Hasta esa fecha, el Tribunal se había caracterizado por ordenar la reposición de trabajadores amparando derechos vinculados indirectamente al despido. Así, han existido decisiones que han ordenado la reposición de trabajadores alegando la violación de derechos procesales (tutela jurisdiccional efectiva, derecho de defensa, debido proceso, etc.), de la libertad sindical, y alguna vez del derecho al trabajo (con poca claridad y menos justificación).

Con la sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, el Tribunal realmente ha innovado, no sólo por que por primera vez ordena la reposición de trabajadores en virtud al derecho al trabajo de forma clara y debidamente fundamentada, sino por el contenido que establece del mismo. En tal sentido, para comprender cual ha sido el tratamiento del derecho al trabajo en la sentencia, debemos diferenciar, por una parte, la definición que se ha dado del mismo, y por otra, los efectos de ésta en nuestro ordenamiento infraconstitucional (posible inconstitucionalidad de algunas disposiciones legales). En lo primero, la clara definición dada en la sentencia original se mantiene; en lo segundo, su aclaración, de fecha 16 de setiembre del 2002, se ha retractado con respecto a la original.

Si bien la sentencia contiene algunos errores conceptuales, el fondo del pronunciamiento es jurídicamente aceptable. Es así como, la opinión del Tribunal con respecto al derecho al trabajo, y las no menos importantes referencias a libertad sindical, y en un menor grado, a la figura del cese colectivo, serán materia de análisis en el presente trabajo.

Finalmente, debemos advertir que dejaremos de lado temas que por pertenecer a otras ramas del derecho, y no estar directamente vinculados a lo laboral, deben ser analizadas por especialistas en su género. Tal es el caso de las referencias a la reserva de ley, la legitimidad del Tribunal Constitucional para interpretar la Carta Magna o a la prueba ilícita (constitucionalistas y procesalistas, respectivamente, tendrán cosas más interesantes que decir sobre estos temas), entre otros.

A continuación el análisis de uno de los más trascendentales pronunciamientos que haya emitido el máximo interprete de nuestra Constitución.

II. ANTECEDENTES

La sentencia materia de análisis puso fin al proceso de amparo iniciado el 29 de mayo del 2000 por dos organizaciones sindicales de una empresa de telecomuni-

(*) A Rosana, por cada día, por cada momento.

nicaciones (Telefónica S.A.A.), con el objeto que ésta y su socia (Telefónica Perú Holding S.A.) se abstuvieran de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los que representaban: igualdad ante la ley, debido proceso, legítima defensa, al trabajo, libertad sindical y tutela jurisdiccional efectiva.

El pedido se fundamentaba en la existencia de un Plan de Despido masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de Telefónica del Perú S.A.A. y, una lista de setenta y siete trabajadores supuestamente elaborada por dicha empresa. Documentos que al entender de las organizaciones demandantes, probaban una política de despidos masivos cuyo propósito era el despido de la totalidad de trabajadores sindicalizados.

Ante ello, Telefónica del Perú S.A.A. contestó la demanda desconociendo la autoría del Resumen Ejecutivo, y señalando que, en todo caso, sólo se trataría de una propuesta y no de una decisión tomada, la misma que además no se había materializado a esa fecha.

En primera instancia, el Poder Judicial declaró fundada la demanda considerando que se había violado el derecho de sindicalización. Dicho pronunciamiento fue revocado por la Corte Superior de Lima que declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A., e improcedente la acción de amparo al considerar fundada la tacha presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra la calidad de medio probatorio del "resumen ejecutivo" obtenido ilícitamente, dado su carácter confidencial, añadiendo que no se había acreditado la amenaza al no haberse anunciado en la empresa el cese en abril del 2000, como estaba establecido en el resumen.

Ante ello, las organizaciones demandantes interpusieron un recurso extraordinario, que dio origen a la resolución bajo comentario, la misma que confirmó la sentencia en la parte que declara fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado propuesta por Telefónica Perú Holding S.A. y, REVOCÁN-DOLA en el extremo que declaró improcedente la demanda, la REFORMULO declarando FUNDADA la misma.

Esta sentencia del Tribunal fue materia de pedidos de nulidad (finalmente desestimado) y aclaración resueltos por resolución de fecha 16 de setiembre del 2002 (publicada el 18 de octubre del 2002), la cual pasó a formar parte de la primera, siendo su análisis también objeto del presente trabajo.

III. LIBERTAD SINDICAL

De los derechos alegados por las demandantes, el Tribunal Constitucional ha fundamentado su pronunciamiento en dos de ellos: la libertad sindical y el derecho al trabajo. En el presente apartado nos referimos al primero de ellos.

1. Afectación al contenido de la libertad sindical

El contenido de la libertad sindical es un contenido complejo que ha evolucionado desde un reconocimiento del derecho de los trabajadores, individualmente considerados, a constituir sindicatos, hasta un contenido que encierra derechos positivos y negativos, individuales y colectivos, etc.¹

Sobre el particular, Alfredo Villavicencio, en una de las más importantes obras escritas sobre el tema en nuestro país, señala que a nivel individual la libertad sindical contiene las libertades positivas de afiliación, constitución y desarrollo de actividad sindical, y las libertades negativas de no afiliación y no constitución. A nivel colectivo, el citado derecho contendría las libertades de reglamentación, representación, gestión (interna y externa), federación y disolución o suspensión. El conjunto de dicha, libertades conformarían lo que se denomina libertad sindical; y por lo tanto, la ausencia de alguna de ellas significaría la vulneración de la misma. Ese conjunto de derechos puede además ser agrupado en libertades o facultades de organización (constitución, afiliación, reglamentación, representación, federación y disolución o suspensión) y de actividad (desarrollo de actividad sindical y gestión -interna y externa-), las que conformarían respectivamente, la fase estática y la fase dinámica de la libertad sindical², o lo que la sentencia del Tribunal denomina como aspecto orgánico y aspecto funcional.

(1) Tal como lo señalan Ermida Uriarte y Villavicencio Ríos (ERMIDA URIARTE, Oscar y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *Sindicatos en Libertad Sindical*, ADEC-ATC, Lima, 1991, p. 31).

(2) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú*, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Lima, 1999, p.26-55.

En esa medida, el Tribunal comete un primer error al relacionar el aspecto funcional de la libertad sindical con la facultad de afiliarse o no afiliarse a las organizaciones sindicales (Fundamento 8), cuando esta facultad pertenece a su aspecto orgánico (fase estática). En cambio, acierta el Tribunal al señalar que es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección de la libertad sindical, que en principio no podrían ni deberían ser enunciadas de manera apriorística (segundo párrafo del Fundamento 8).

El segundo error que comete el Tribunal es que aparentemente, vincula el hecho lesivo a la afectación del aspecto orgánico de la libertad sindical (citando el artículo 2º del Convenio N° 87 de la OIT, aceptando, ahora así, que el mismo está conformado por las libertades de constitución y afiliación), relacionado a este último directamente con la protección de la libertad sindical (Fundamento 10).

Sobre el particular, consideramos que el despido de trabajadores basado en su calidad de afiliados a un sindicato, afecta de manera más evidente a la libertad sindical en su fase dinámica (que de acuerdo a Villavicencio sería la más importante, y justifica una especial tutela y apoyo³). En efecto, la libertad principalmente afectada sería la de desarrollo de actividad sindical⁴ de cada uno de esos trabajadores, y de una manera indirecta, la libertad de gestión externa⁵ de la organización sindical, en la medida que su capacidad de negociación frente al empleador se vería menoscabada. Es pues el aspecto funcional del derecho bajo comentario el verdaderamente afectado en el presente caso. A ello se suma, la omisión que hace el Tribunal de los artículos 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del Convenio N° 87 de la OIT que completan el contenido de la libertad sindical, y cuyas fa-

cultades individuales están consagradas en el artículo 2º del citado tratado (norma que si ha sido citado).

2. La regulación de la protección de la libertad sindical en el ordenamiento legal peruano y la consagración de un sistema completo de protección a través de la aplicación de los Convenios Internacionales

En lo que respecta a la protección de la libertad sindical, en términos generales, el Tribunal ha dejado sentado un tema indispensable en la defensa de los derechos laborales, que si bien no es del todo novedoso, debe ser resaltado. Nos referimos a la aplicación de los Convenios OIT para justificar su decisión, a pesar de la protección limitada e insuficiente que existe en nuestro ordenamiento interno.

“.. la libertad principalmente afectada sería la de desarrollo de actividad sindical de cada uno de esos trabajadores...”

Como es bien sabido, la consagración constitucional de un derecho, obliga al Estado a otorgarle garantías negativas (remoción de obstáculos existentes y abstención de colocar restricciones) y positivas (facilidades para un desarrollo eficaz del derecho). Para efectos de la libertad sindi-

cal, el segundo grupo de las garantías mencionadas debe estar encabezado por la protección adecuada de dicho derecho. De esta manera, tal como lo señala Palomeque, la libertad sindical debe ser protegida “*respecto de cualquier acto lesivo del derecho o conducta antisindical, cualquiera que sea asimismo el sujeto infractor*”⁶.

Esa visión amplia de protección es la que recoge el artículo 1º del Convenio N° 98 de la OIT⁷, el mismo que de una manera parcial es citado por la sentencia (aunque se omite hacer referencia al Convenio en sí, dando la apariencia de referirse al Convenio N° 87 pre-

(3) Ibid, p. 27.

(4) Considerado como un “*derecho multiforme y polivalente que incluye todas aquellas acciones de los trabajadores funcionalmente vinculadas a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios...*” (VILLAVICENCIO RIOS, op cit, p. 37).

(5) Derecho que contiene manifestaciones “*que encuentran su ámbito de expresión en las relaciones externas, de negociación y conflicto principalmente, que el sindicato traba para cumplir con sus fines*”. (VILLAVICENCIO RIOS, op cit, p. 45).

(6) PALOMEQUE LOPEZ, CARLOS, *Derecho Sindical Español*, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 1991, p. 141.

(7) En concordancia con esa definición, el artículo 1º del Convenio N° 98 de la OIT señala lo siguiente:

“1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. la protección del trabajador se extiende “*contra todo acto que tenga por objeto despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.*”

2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) *sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;*

viamente citado). En efecto, el Tribunal señala que la protección contra la libertad sindical se extiende “*contra todo acto que tenga por objeto (...) despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier otra forma a causa de afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (...)*”(Fundamento 10).

En otras palabras, y tal como lo prevé el Convenio, se protege la discriminación de cualquier trabajador por su afiliación a un sindicato, lo que en consecuencia, protege íntegramente el ejercicio de la libertad sindical (otorgando la protección adecuada como consecuencia de su reconocimiento constitucional). Ello contrasta con el sistema de protección existente en nuestro ordenamiento infraconstitucional referido a relaciones colectivas de trabajo.

Sobre el particular, la Ley N° 25593 (Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), como la mayoría de legislaciones de América Latina, ha acogido un sistema de fuero sindical⁸. De dicha protección, que de acuerdo a su naturaleza, debería ser la más regulada, se ocupan sólo dos artículos de la ley, y cuatro del reglamento (lo cual contrasta con la extensa regulación que existe de limitaciones, prohibiciones, requisitos y formalidades establecidas para la constitución, afiliación o actividades de las organizaciones sindicales, temas cuya regulación debería haber sido menor). La regulación citada establece una protección que alcanzaría únicamente a determinados trabajadores frente al despido o a un traslado sin justa causa o sin su aceptación, salvo que el traslado no le impida realizar su labor sindical (artículo 30° de la Ley). Estas limitaciones tanto en el ámbito subjetivo (personas a las que alcanzaría la protección) y objetivo (actos contra los que estarían protegidos los trabajadores) de la protección, así como la no previsión de una vía de reclamo, han servido para que Villavicencio Ríos denomine al sistema de protección regulado por la Ley N° 25593 un fuero sindical “*doblemente restringido y simbólico*”⁹.

Ante tal situación, la única manera de lograr una protección más completa era acudiendo a la acción de amparo, y solicitando la aplicación del Convenio N° 98 de la OIT a través de lo dispuesto por la Cuarta Disposi-

ción Final y Transitoria de la Constitución, tal como lo ha hecho el Tribunal (Fundamento 9), completando, de esta manera, la insuficiente protección que existe en el ordenamiento legal.

A ello debe sumarse, la protección que, en el ámbito del derecho individual del trabajo, brinda el Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR) a la libertad sindical, al calificar como nulo el despido que tenga por motivo “*la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales*” y el “*ser candidato o representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad*” (incisos a. y b. del artículo 29° del TUO del Decreto Legislativo N° 728)¹⁰. En tal sentido, es que el Tribunal señala que el artículo 29° del TUO del Decreto Legislativo N° 728 justifica su pronunciamiento (Punto 2.4. de la aclaración).

3. Comprobación de la vulneración a la libertad sindical

Un último problema sobre el tema de la libertad sindical que se presenta en la sentencia bajo comentario, es que el Tribunal no ha establecido claramente la vinculación que existiría entre los despidos producidos y la afiliación de los trabajadores a las organizaciones sindicales demandantes. Si bien de los antecedentes del pronunciamiento, como de los hechos conocidos por vía directa puede comprobarse una manifiesta violación del derecho a libertad sindical, ello no ha sido explicado con mayor detenimiento por el Tribunal, órgano que se ha limitado a señalar que los despidos eran personal sindicalizado (Fundamento 11). Sin embargo, ese solo hecho no podría llevar a concluir que el fin perseguido por la empresa tenía un sesgo antisindical, en tanto podrían haber existido una serie de factores justificantes de cada uno de los despidos. En consecuencia, la “*evidencia profusa, en el sentido de que los despidos masivos de trabajadores han estado orientados a extinguir los contratos de trabajo de los afiliados a las organizaciones sindicales demandantes*” a que hace referencia la aclaración (Punto 2.4), no ha sido debidamente expuesta.

b) *despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.*”

(8) Sistema en que la protección alcanza sólo a los trabajadores, a diferencia del sistema de “prácticas desleales” utilizado en norteamérica, en el que la protección se dirige a las organizaciones sindicales como tales.

(9) VILLAVICENCIO RÍOS, Op cit, p. 70.

(10) Sobre el particular, resulta discutible la legalidad del artículo 46° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728 (Decreto Supremo N° 001-96-TR), el cual establece que la protección que se brinda a los candidatos y representantes, sólo alcanza “*a quiénes postulan, han sido elegidos o han cesado en cargos que gozan de fuero sindical, conforme a Ley*”. Es decir, para saber quiénes pueden reclamar la nulidad del despido regulada en ese supuesto, debemos recurrir nuevamente al ámbito subjetivo restringido contenido en la Ley N° 25593.

Para ello, en nuestra opinión, consideramos que el Tribunal debió realizar un mayor análisis de los medios probatorios aportados. Sin embargo, la comprobación objetiva de despidos posteriores a la presentación de la demanda, de que fueron objeto trabajadores sindicalizados, así como la ausencia de imputación de alguna falta grave que justificará los despidos (de acuerdo a lo expuesto en el Punto 2.5. de la aclaración), dejan en evidencia la naturaleza antisindical de la conducta de la demandada.

De esta manera, la naturaleza antisindical de la conducta de Telefónica del Perú S.A.A. en su política de despidos, hubiese bastado para justificar la reposición de los trabajadores afectados con tales actos. A pesar de ello, el Tribunal consideró oportuno el pronunciarse sobre temas más álgidos, que hoy son materia de las más intensas polémicas, y que son el tema del siguiente punto.

IV. DERECHO AL TRABAJO Y DESPIDO ARBITRARIO

Como se ha señalado en la parte introductoria de este trabajo, para el análisis del tratamiento del derecho al trabajo en la sentencia del Tribunal debemos considerar dos temas: primero, la definición del derecho al trabajo y, segundo, los efectos de la misma en nuestro ordenamiento infraconstitucional.

Sobre el primer tema, la sentencia ha otorgado al derecho al trabajo un contenido complejo que alcanzaría incluso al derecho a estabilidad laboral. A ello debe agregarse además que el Tribunal concluye que la tesis de que éste último derecho está regulado por el artículo 27° de nuestra Constitución y, por tanto, no forma parte del contenido del artículo 22° de la misma (el cual consagra el derecho al trabajo) no tiene asidero jurídico.

En efecto, según la sentencia el contenido esencial del derecho al trabajo reconocido por el artículo 22° de nuestra Carta Magna, 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*”. Agrega, además, que en el primer caso, “*el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo*” (parte programática del derecho), mientras el segundo aspecto está referido al “*derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa*” (estabilidad laboral) (Fundamento 12).

De esta manera, para el Tribunal, el artículo 27° de la Constitución contendría un “*mandato al legislador para establecer protección frente al despido*”, no pudiéndose interpretar dicho mandato como “*un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que lleve al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional (derecho al trabajo)*” (Fundamento 12)

Esta definición del derecho al trabajo contenida en el texto original de la sentencia, se mantiene aún tras su aclaración, no así los efectos de ésta con respecto al ordenamiento infraconstitucional peruano.

Sobre el particular, la sentencia señala con respeto al artículo 27° de la Constitución que, “*si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que lo acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles*” (Fundamento 12). Considerando ello, el Tribunal califica al segundo párrafo del artículo 34° del TUO del Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR) como “*incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional*” (Fundamento 12), inaplicándolo (vía control difuso) al caso materia de pronunciamiento por considerarlo inconstitucional (Fundamento 13).

Dicha decisión, que por el carácter de precedente obligatorio de la sentencia, hacía inconstitucional la aplicación del segundo párrafo de artículo 34° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, ha variado en la aclaración, reduciendo la declaración de inconstitucionalidad a la parte que permite “*practicar despidos individuales sin expresión de causa*” (Punto 2.7.).

1. El derecho al trabajo y la estabilidad laboral

Sobre la definición del derecho al trabajo en la doctrina hay varias posiciones que giran en torno a una idea: el contenido complejo del derecho al trabajo. Así para Gorrelli Hernández, el derecho al trabajo tendría una faceta pública y otra privada, estando la primera relacionada a la labor de los poderes públicos de fomentar el empleo, y; la segunda, al derecho del trabajador a ocupar un puesto de trabajo hasta que haya una causa justa por la que pierda su empleo¹¹.

(11) GORRELI HERNANDEZ, Juan, *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 35.

Por su parte, el Tribunal Español en su Sentencia 22/81 (citada por Gorrelli Hernández) tiene la misma visión del doble contenido del derecho al trabajo, pero dando un carácter más amplio a la parte privada, al referirse a “*conservar el puesto de trabajo que se tiene*”.

En el mismo sentido, Néstor de Buen señala que “*El derecho al trabajo presenta, sin duda alguna, varias formas de manifestaciones. Podríamos hablar, en primer término del derecho a adquirir un empleo, en segundo lugar, el derecho a conservar un empleo*”¹².

En materia normativa, el Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 7° señala que los Estados Partes reconocen que el derecho al trabajo consagrado en su artículo 6°, “*supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizan en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas justas de separación*”.

Sobre el particular, coincidimos con la opinión de Blancas Bustamante en cuanto a que dicho texto, “*no sólo consagra el derecho a la estabilidad laboral sino que, además, lo fundamenta en el derecho al trabajo, afirmando la proyección de este derecho no sólo en relación al acceso al empleo (...), sino, igualmente, respeto a la conservación del mismo por quién tiene la condición de trabajador*”. Al haber sido ratificado por el Perú, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dicho tratado constituiría fuente obligatoria para la interpretación de las normas constitucionales referidas al derecho al trabajo (artículo 22°) y a la estabilidad laboral (artículo 27°)¹³.

En tal sentido, la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional Peruano sobre el contenido del derecho al trabajo, y su vinculación a la estabilidad laboral, es sólida, y totalmente acorde a las disposiciones constitucionales sobre interpretación de derechos con-

sagrados en la Carta Magna. En efecto, el doble contenido que se ha reconocido al derecho del trabajo no hace otra cosa que darle un verdadero sentido a su consagración. Lo contrario sería convertir al derecho al trabajo en una mera norma de carácter programático, lo que significaría una estigmatización de dicho derecho¹⁴.

En el caso de los efectos con respecto al ordenamiento infraconstitucional vigente, producto de lo dispuesto en el artículo 27° de la Constitución (que delega al legislador el establecer una adecuada protección contra el despido arbitrario), el tema si es más polémico y, en ello, podría estar la razón del sentido rectificatorio de la aclaración.

Con respeto al artículo 34° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, la pregunta entonces es si, a partir del contenido del derecho al trabajo, y su vinculación a la estabilidad laboral, cabe la posibilidad de establecer como única reparación contra el despido arbitrario, por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el pago de una indemnización. De acuerdo al texto original de la sentencia, el establecer como única reparación el pago de una indemnización, sería, en los dos supuestos de despido arbitrario, contrario a la Constitución. Sin embargo, según la aclaración, dicha incompatibilidad constitucional sólo se configuraría en el caso del despido arbitrario en que no se expresa causa, mas no en el caso que la misma haya sido imputada pero no pueda probarse en juicio.

Sobre el despido arbitrario, la reparación que pueda darse ante dicho acto, es una de las más antiguas controversias doctrinales en materia laboral, sobre todo en nuestro país. Si la opción debe ser la reposición o el pago de una indemnización es absolutamente discutible. En este caso juega un papel muy importante la delegación que se hace al legislador para establecer la adecuada protección contra el despido arbitrario. En tal sentido, la pregunta sería si el pago de una indemnización es una protección adecuada contra el despido arbitrario.

Para quienes consideran que la estabilidad laboral relativa es una alternativa posible, el pago de una indemnización como mecanismo reparador es absolu-

“...la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional peruano sobre el contenido del derecho al trabajo, y su vinculación a la estabilidad laboral, es sólida...”

(12) DE BUEN, Néstor, *Derecho del Trabajo*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., T.I, México, 1981, p.80.

(13) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*, ARA Editores, Lima, 2002, p. 78.

(14) Tal como lo señala Gorrelli Hernández, coincidiendo en ello con Alarcón Caracuel (GORRELI HERNANDEZ, Op cit, p.42).

tamente posible. Para los que consideran a la estabilidad laboral absoluta como la única salida ante un despido arbitrario, el pago de una indemnización no resulta en ningún caso una adecuada protección contra dicho acto.

El primer grupo basa su posición en el Convenio N° 158 de la OIT (artículo 10°) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7°, inciso d), que admiten la posibilidad de establecer como reparación ante el despido arbitrario el pago de una indemnización.

El segundo grupo se apoya en la consideración de dichas normas como “*mandatos de optimización*”, es decir, que deben ser mejorados por las legislaciones nacionales (tal como opina el Tribunal en el Fundamento 12 de la sentencia). Asimismo, sustentan su posición en la naturaleza causal del despido, consagrada en el mismo Convenio N° 158 de la OIT, según el cual, “no se pondrá término a la relación de trabajo de un empleador a menos que exista para ello una causa justificada”. De acuerdo a la misma OIT, dicha norma “*constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio. Al adoptarse este principio, el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización*”¹⁵. Muchos de los que forman parte de esta tendencia, tal como es el caso de Russomano, no consideran que “*un sistema de derecho positivo que sancione el despido injusto y que obligue al empresario en tal caso al pago de una indemnización consagre el principio de estabilidad*”¹⁶, es decir, la estabilidad relativa no es otra cosa que inestabilidad.

A nuestro entender, si bien la reposición puede ser el mecanismo de reparación por excelencia, no es el único. La opción que se tome dependerá mucho de la realidad social que se afronte¹⁷. Así, en tanto la Constitución ha delegado a la ley la regulación de la adecuada protección contra el despido arbitrario (tal como lo reconoce el propio Tribunal en el Fundamento 12 de la sentencia), el legislador podría optar, entre otras alternativas, por la indemnización.

Por último, si bien en principio puede considerarse que la posibilidad de reparar el daño con el pago de una indemnización, es aplicable a los dos supuestos de despido arbitrario regulados por el artículo 34° del TUO del Decreto Legislativo N° 728 (en tanto tan injustificado sería uno como el otro), coincidimos con el Tribunal en la especial gravedad que ha consignado al caso del despido sin imputación de causa (Punto 2.5. de la aclaración).

En efecto, creemos que la posibilidad de despedir a un trabajador sin decirle siquiera porqué, atenta directamente contra el derecho al trabajo, y de ninguna manera, puede interpretarse que el pago de una indemnización sea una protección adecuada contra dicho acto. Considerar esa posibilidad sería contrario al principio de causalidad del despido¹⁸. La contradicción de ese supuesto de despido arbitrario (despido incausado propiamente dicho) con el principio de continuidad en el empleo, y en consecuencia, con el contenido privado del derecho al trabajo es más que evidente¹⁹. Aceptar la posibilidad que el empleador despidiera al trabajador sin siquiera darle una razón, convertiría en derecho lo que es un poder excepcional. No existe pues, la facultad de despedir, salvo que concurra una causa justa legalmen-

- (15) CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 82 reunión, 1995, “Protección contra el despido injustificado”, citada por Blancas Bustamante (BLANCAS BUSTAMANTE, Op cit, p. 67).
- (16) RUSSOMANO, Mozart Víctor, *La Estabilidad del Trabajador en la Empresa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, p. 13.
- (17) Sería pues interesante citar en este punto la posición de Blancas Bustamante, para quién “*Distinguir entre la estabilidad absoluta o relativa no es debilitar, necesariamente, el derecho a la estabilidad en el trabajo. Es, solamente, reconocer el hecho de que en la evolución de los mecanismos tutelares del trabajador frente al despido libre y discrecional, la llamada estabilidad relativa representa un nivel de mayor protección, o si se quiere, de menor desamparo, que puede identificarse, con aquel únicamente por el hecho de no asegurar la reposición efectiva del trabajador. Significa, además, admitir que si bien sólo un régimen de estabilidad laboral absoluta garantiza, como lo señala Russomano, una protección plena y efectiva del trabajador, la estabilidad relativa puede coexistir con ella en la medida que, acorde con la pluralidad de situaciones que debe regular el Derecho del Trabajo, permita soluciones excepcionales para circunstancias particulares que difícilmente puedan encuadrarse en la regla general*” (BLANCAS BUSTAMANTE, Op cit, p. 101).
- (18) Dicho principio ha sido debidamente definido por Sanguinetti Raymond cuando señala que: “*La consideración del despido como una institución causal supone una absoluta prohibición del despido ad nutum o sin causa (es decir, en aquel que se basa en el mero arbitrio del empleador). La simple voluntad resolutoria del empleador no basta, así, para dar lugar al despido. Para que éste exista es necesario que la misma se encuentre fundamentada en la presencia efectiva de una circunstancia obstativa de la continuidad del vínculo, que sea estimada por el ordenamiento como idónea para ponerle fin*” (SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo, *El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución Peruana*, en Trabajo y Constitución, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1989, p.123).
- (19) A ello debe agregarse la afectación de otros derechos constitucionales como el derecho de defensa, en la medida que el trabajador no estaría en capacidad de refutar dicho despido en un eventual proceso judicial.

te prevista²⁰. En conclusión, **no existe un derecho del empleador a despedir a cambio del pago de una indemnización**. El despido es pues una facultad que debe estar objetivamente justificada.

En conclusión, en el supuesto del despido calificado de arbitrario por no expresarse la causa del mismo, el pago de una indemnización como reparación resultaría insuficiente y contradictoria con el derecho al trabajo. Ello es diferente al supuesto del despido declarado arbitrario por no poderse demostrar la causa del mismo en juicio, pues en este caso el empleador imputa al trabajador una falta que, en principio, justificaría dicho acto (más allá de su comprobación posterior).

2. Consecuencias de la sentencia en relación al contenido del derecho al trabajo, a la estabilidad laboral y a la acción de amparo

Hasta antes de la sentencia, un gran grupo consideraba que el artículo 22° de la Constitución tenía un contenido meramente programático, basado en el deber del Estado de crear puestos suficientes para todos los peruanos (pleno empleo). Dicha postura estuvo encabezada por una serie de autores nacionales, para quienes además, el derecho a la estabilidad laboral se encontraba regulado por el artículo 27° de nuestra Carta Magna. Como principal exponente de esta postura encontramos a Pasco Cosmopolis²¹.

Esta visión del derecho al trabajo, tuvo como consecuencia práctica la improcedencia de cualquier acción de amparo basada en la violación del artículo 22° de la Constitución, en tanto, dicha garantía sólo cabe con respecto a derechos consagrados en normas constitucionales de preceptividad inmediata (es decir, que pueden ser aplicadas sin que sea necesaria una reglamentación o un acto posterior del Estado), y el artículo 22° (debido a su contenido programático) tenía una preceptividad aplazada. Sobre el particular, Toyama Miyagusuku señalaba que, acerca del citado “... artículo, que prevé el derecho y el deber al trabajo, entendemos que no podría utilizarse para interponer un acción de amparo en la medida que es un derecho de preceptividad

aplazada e importa la actuación del Estado para disminuir los niveles de desempleo y subempleo en el país”²².

De otro lado, el artículo 27° de la Constitución que delegaba a la ley el establecer la adecuada protección contra el despido arbitrario, también era de preceptividad aplazada, porque necesitaba de una regulación legal para poder aplicarse, careciendo dicha protección, de rango constitucional. Con relación a ello, Morales Corrales sostenía que “... tampoco se podría invocar el artículo 27° para interponer una Acción de Amparo ya que dicha norma encarga a la ley la adecuada protección contra el despido arbitrario, de tal manera que corresponde a ella la concreción del derecho, el mismo que (...) ha quedado con rango de ley, no constitucional”²³. En tal sentido, no cabría la interposición de una acción de amparo frente un despido arbitrario, salvo que con ocasión del mismo se lesionarán derechos fundamentales de preceptividad inmediata, tales como libertades de información y de expresión, tutela jurisdiccional efectiva, libertad sindical, etc²⁴.

Ahora bien, como antecedentes de la sentencia materia de análisis, el Tribunal Constitucional empezó a referirse, de forma muy temerosa, a un contenido más amplio del artículo 22°, considerando que aquellos despidos que lesionan derechos constitucionales afectaban el derecho al trabajo en tanto “*la conservación de un puesto de trabajo que aquél implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, es decir, viciado de inconstitucionalidad*”²⁵, admitiendo por tanto las acciones de amparo planteadas contra despidos arbitrarios en esos términos, y ordenando la reposición de aquellos trabajadores que hubiesen sido afectados.

Sin embargo, la visión más precisa sobre el derecho al trabajo y la estabilidad laboral en la Constitución, y la viabilidad de la acción de amparo sobre estos temas, la ha planteado el profesor Neves Mujica. Para dicho autor, el derecho al trabajo (reconocido por el artículo 22° de la Constitución) tiene un doble contenido: facilitar el acceso al empleo a quienes no lo tienen y permitirles conservarlos a quienes ya lo poseen.

-
- (20) Así lo señala Blancas Bustamante, concordando en ello con Ermada Uriarte y Pila Rodríguez (BLANCAS BUSTAMANTE, Op cit. 66).
- (21) PASCO COSMOPOLIS, Mario, *El trabajo en la Constitución*, en: Ius et veritas, N° 7, Lima, 1993, p. 22 y 31.
- (22) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Estabilidad Laboral y Acción de Amparo. Una cuestionable sentencia del Tribunal Constitucional*, en: Derecho y Sociedad, N° 13, Lima, 1998, p.107.
- (23) MORALES CORRALES, Pedro, *Acciones de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data en materia laboral*, en: Revista Thémis, N° 34, Segunda Epoca, Lima, 1996, p. 108-109.
- (24) TOYAMA MIYAGUSUKU, Op cit, p. 103.
- (25) Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de enero de 1999, Exp. N° 1112-98-AA/TC, Lima, emitida en el proceso seguido por César Antonio Cossio y Otros con Telefónica del Perú S.A.contra

En el primer sentido, el empleo que se debe otorgar a las personas puede ser genérico (garantizar el pleno empleo) o específico (garantizar un puesto cierto ganado, por ejemplo, en un concurso público). En el caso del empleo genérico no cabría la acción de amparo (por ser de preceptividad aplazada o diferida), mientras en el del específico sí (al tratarse de un derecho de preceptividad inmediata). Sobre el segundo sentido del derecho al trabajo, éste aludiría a la conservación del empleo, coincidiendo con el derecho a la estabilidad laboral, en su faceta “de salida” o prohibición del despido arbitrario. Sin embargo, la coincidencia sería sólo parcial en tanto, el derecho al trabajo no abarca sólo la extinción derivada de un despido, sino cualquier otra no surgida de la voluntad del trabajador (por ejemplo, jubilación). Es así como la conservación del empleo que forma parte del derecho al trabajo goza de preceptividad inmediata, pudiendo ser materia de una acción de amparo, pese a la visible preceptividad aplazada que la Constitución ha otorgado a la estabilidad laboral, y que quedaría relegada debido a la superposición de contenidos entre ambos derechos²⁶.

La sentencia del Tribunal que es materia de este trabajo, ha acogido de alguna manera esta postura, al otorgar un doble contenido al derecho al trabajo, y sujetar el desarrollo legislativo del artículo 27° de la Constitución al artículo 22°

de dicha norma. Las consecuencias a nivel de garantías constitucionales que se desprenderían del texto original de la sentencia, eran las mismas a las que llega el profesor Neves, en tanto, a partir de la ella, podía interponerse una acción de amparo ante un despido arbitrario, exigiendo directamente la reposición. Sin embargo, a partir de la aclaración, la acción de amparo sería aplicable, sólo cuando el despido arbitrario es calificado como tal por no haberse imputado alguna causa para el mismo, y no cuando esta causa haya sido alegada, y en consecuencia, deba ser discutida en un proceso judicial.

Ello, incluso guardaría coherencia con el plano probatorio. De esta manera, el caso del despido incausado podría ser conocido en la vía del amparo, basándose únicamente en una prueba documental que acredite que no se ha imputado causa alguna que justifique dicha decisión. En cambio, el supuesto del despido arbitrario

en que la causa debe acreditarse, sería revisado en un proceso ordinario, en el cual se podrían actuar medios probatorios tanto de actuación inmediata (documentos) como mediata (declaración de parte, testimoniales, pericias, etc.). Ello considerando la limitada actuación de medios probatorios en el amparo.

De esta manera, la sentencia tiene como principales consecuencias: i) considerar a la estabilidad laboral como parte del derecho al trabajo y, completar así el contenido del artículo 22°, ii) legitimar la acción de amparo como una vía de impugnación del despido; y, como consecuencia de lo anterior, iii) otorgar la posibilidad al trabajador de lograr (como mínimo) la reposición en virtud a su mero derecho a conservar su trabajo frente a un despido sin expresión de causa (sin tener que recurrir a otros derechos como tutela jurisdiccional, no discriminación e igualdad, libertad sindical, ó derecho de defensa).

3. Repercusiones en el marco de la reforma constitucional

“... la acción de amparo sería aplicable, sólo cuando el despido arbitrario es calificado como tal por no haberse imputado alguna causa para el mismo...”

Tal como se puede apreciar de lo expuesto hasta aquí, desde la promulgación de la actual Constitución Política del Perú en 1993, en materia laboral, el tema que mayor discusión ha merecido es el referido a la estabilidad laboral, y si la misma ha sido recogida en el

artículo 27° del texto constitucional, en el artículo 22° de éste, o en ninguno. En el apartado anterior se han expuesto las posturas sobre el particular y las conclusiones a las que hemos podido llegar al respecto.

Ante la controvertida situación de los derechos laborales a nivel constitucional, su tratamiento fue uno de los principales temas en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, cuyo articulado referido a estos derechos fue propuesto por la Comisión de Expertos que trabaja en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, y revisado por una Comisión ampliada con representantes de los sectores sociales. Dicho documento establece en su artículo 27^{o27} lo siguiente:

“Artículo 27°.- El trabajo es un derecho y un deber, base del bienestar social y medio de realización de la persona.

(26) NEVES MUJICA, Javier, *Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo*, en: Asesoría Laboral, Lima, Mayo, 2002, p. 10-12.

(27) Artículo 51° del Anteproyecto.

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

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

En términos generales, el citado texto ha sintetizado en una sola disposición lo establecido en los artículos 22°, parte del 23° y el artículo 27° de la actual Constitución. En efecto, el primer párrafo del artículo 27° del Proyecto, si bien de forma invertida, contiene los mismos elementos del artículo 22° de la Constitución, consagrando el derecho al trabajo. Por su cuenta, el segundo párrafo, hace referencia a la tutela de dicho derecho por el Estado (que actualmente está desarrollada en el artículo 23° de la Constitución). Finalmente se hace referencia a la protección contra el despido arbitrario, hoy regulado por el artículo 27° de la Constitución.

Las ideas vertidas en el citado Proyecto han sufrido un remezón con la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional. En efecto, antes de la sentencia, la visión general era la de considerar que el artículo 22° de la Constitución tenía un carácter meramente programático, dirigido a señalarle al Estado la obligación de legislar buscando el pleno empleo (generación de puestos de trabajo para los trabajadores). Con ello, las acciones de amparo basadas en este derecho eran improcedentes. De otro lado, el derecho a estabilidad laboral estaba relacionado al contenido del artículo 27° de la Constitución, el mismo que, para algunos, habría consagrado en su desarrollo legislativo, un modelo de estabilidad laboral relativa, y que para otros, incluso habría terminado relegando dicho derecho; lo que traía como consecuencia práctica que no se pudiera reclamar la vulneración de la estabilidad laboral mediante una acción de amparo debido a la preceptividad aplazada de este derecho.

En este contexto interpretativo de la Constitución, el texto propuesto en el Proyecto, como señala Mario

Pasco, uno de sus autores, se dirigía a impedir interpretaciones que pudieran, "por ejemplo, atribuir al derecho al trabajo o al deber de protección una imperatividad que sobrepasara a la ley, cuando ésta fije una indemnización y no la reposición como reparación frente a un despido"²⁸.

Y es que en realidad, al no existir un tratamiento Constitucional expreso de la estabilidad laboral, no se podía hablar de una consagración a ese nivel de alguna de las posturas sobre el particular; es decir, ni de estabilidad laboral absoluta ni de estabilidad laboral relativa (conceptos además vinculados a la estabilidad laboral de salida). Por ello, le era permitido al legislador decidir la opción que considerase adecuada. Como se ha visto, para algunos ello habría vaciado de contenido al artículo 22° de la Constitución, pero a la vez significaba, la posibilidad de sujetar el desarrollo legal del artículo 27° de la Constitución al derecho al trabajo, o inclusive pensar en una incompatibilidad parcial en la que finalmente terminaría primando el artículo 22° de la Carta Magna.

De esta forma, para el autor citado, el evitar incluir a la estabilidad laboral en el derecho al trabajo debido a la falta de una regulación expresa de la forma de protección ante el despido arbitrario en la Constitución, habría sido lo que llevó a sintetizar en una sola disposición los artículos 22° y 27° del actual texto constitucional, señalando expresamente en dicha disposición, que existe la posibilidad de pagar una indemnización, readmitir al trabajador, o dar otra reparación. De esta manera, a partir del texto propuesto en el Proyecto, una ley podría establecer como única reparación ante un despido arbitrario, el pago de una indemnización, toda vez que la misma Constitución habría abierto las puertas a la denominada estabilidad laboral relativa.

De acuerdo a lo comentado, el derecho al trabajo consagrado en el primer párrafo del artículo 27° del Proyecto se limitaría al siguiente contenido: i) acceso al empleo (que puede ser programático, si es general, o de preceptividad inmediata, si es para un puesto en particular) y, ii) conservación del mismo: estabilidad laboral de entrada (preferencia de la contratación indefinida sobre la de plazo determinado)²⁹, y protección en la extinción de relaciones laborales por motivos diferentes al despido (jubilación, renuncia, etc.).

(28) PASCO COSMOPOLIS, Mario, *El Trabajo en la Reforma Constitucional*, Análisis Laboral, Lima, Julio, 2002, p. 29.

(29) Si bien puede ser discutible la inclusión de esta parte de la estabilidad laboral (de entrada) en el contenido del derecho al trabajo, una visión amplia del mismo la cobijaría dentro de su acepción referida a la conservación del empleo.

De otro lado, el tercer párrafo estaría dirigido a la estabilidad laboral de salida, es decir, la protección al despido arbitrario, admitiendo expresamente cualquiera de los modelos posibles: estabilidad absoluta o estabilidad relativa.

De esta manera, la discusión sobre la protección adecuada ante el despido quedaría zanjada, y sería competencia del legislador el optar, por el pago de una indemnización o por la reposición. El tema de si la primera opción (estabilidad relativa) es realmente manifestación de la estabilidad laboral, o si al regularse la posibilidad de pago de indemnización como única reparación al despido arbitrario, se relega dicho derecho, quedaría en un plano teórico y carecería de importancia práctica.

Finalmente, se ha reconocido la nulidad de aquellos despidos que atenten contra derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, como pueden ser los de libertad sindical, tutela jurisdiccional, no discriminación o igualdad, desarrollados actualmente por la Ley del Fomento al Empleo (supuestos de nulidad de despido) y otras leyes (como la referida a los portadores del SIDA o a los discapacitados).

Como puede apreciarse, en el contexto anterior a la sentencia del Tribunal, la modificación del texto constitucional en los sentidos descritos habría resultado, un avance en la conciliación de intereses de los sujetos sociales, al aclarar discusiones sobre el sentido de los términos utilizados por la Carta Magna actual, sin perjuicio de la deuda jurídica que nos deja.

Lo mismo no sucede en el contexto actual, en el que el Tribunal ha señalado que la estabilidad laboral se encuentra dentro del derecho al trabajo. En efecto, ni la aclaración de la sentencia, ni las críticas al pronunciamiento del Tribunal (infundadas en muchos casos) podrán nublar la “nueva” visión de los conceptos laborales: derecho al trabajo y estabilidad en el empleo, contra la que se opone el texto del artículo 27° del Proyecto, al permitir consagrar, como formas válidas de protección ante el despido arbitrario (incluso frente a aquel en el que no se expresa la causa del despido) a reparaciones diferentes a la reposición³⁰.

Consideramos pues, finalmente, que un texto como el propuesto encontrará ahora mayores obstáculos de parte de la opinión social de los que habría encontrado antes de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional.

V. CESE COLECTIVO

En la aclaración de la sentencia, el Tribunal señala que a su entender, Telefónica del Perú S.A.A. ha venido utilizando el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728, referido a despidos individuales, para practicar ceses colectivos escalonados. Asimismo, considera que el artículo 46° de la citada norma, referido a los supuestos de cese por causas objetivas, es compatible con la Constitución, y que por tanto, el cese de trabajadores por esos motivos es constitucionalmente admisible, a condición que el cese se practique de conformidad con los requisitos establecidos por ley. Por ello, a su entender, en el caso materia de pronunciamiento, “*se habría desnaturalizado en los hechos la naturaleza, causas y efectos sociales de un despido colectivo por causas objetivas, los mismos que son plenamente distintos a los previstos por razones de conducta o capacidad del trabajador*” (Punto 2.5).

Hay algunas cosas interesantes en relación al pronunciamiento del Tribunal con respecto a éste tema. Primero, el reconocimiento (una vez más) de que el cese colectivo (pese a estar tratado separadamente en el Decreto Supremo N°003-97-TR) es un despido, en tanto, constituye una extinción de la relación de trabajo por voluntad del empleador. En tal sentido, al ser un despido, le alcanza la protección consagrada en el artículo 27° de la Constitución, que ha sido desarrollada legislativamente en los artículos 46° y siguientes del citado Decreto Supremo.

En tal sentido, dado que los trabajadores cesados por esta vía no tienen derecho a una indemnización (pues en principio se trataría de un despido autorizado, y no arbitrario), la única garantía de no arbitrariedad estaría en los requisitos y formalidades que debe cumplir el empleador que desea acogerse a ésta.

En el presente caso, de acuerdo a lo que señala el Tribunal, el cese de trabajadores se habría desarrollado de forma escalonada. El Tribunal pues, no expone de manera convincente los motivos por los que considera que los actos de Telefónica del Perú S.A.A. constituyen un cese colectivo, pues sólo deja en claro que de haber sido esa su intención, ello habría sido inconstitucional por no haber cumplido con los requisitos legalmente establecidos.

Ahora bien, a nuestro entender, el Tribunal comete un error al hacer referencia al cese colectivo y su regulación legal, en tanto los despidos realizados por

(30) Obviamente, de aprobarse el nuevo texto constitucional, el Tribunal deberá interpretar los derechos sobre la base del mismo, quedando sin efecto el carácter de precedente de los pronunciamientos basados en la actual Constitución.

Telefónica del Perú S.A.A. fueron acompañados del ofrecimiento y/o pago de una indemnización, lo que no sucede en el caso de un cese colectivo, en el cual, el sólo cumplimiento de los requisitos legales faculta al empleador a extinguir los contratos de los trabajadores incluidos en tal medida, sin necesidad de pagar indemnización alguna (recuérdese que a nivel legal el despido y el cese colectivo han sido tratados como causas de extinción de la relación laboral distintas, regulándose la indemnización por arbitrariedad únicamente para el primer caso)

De otro lado, lo señalado por el Tribunal trae a colación la hipótesis sobre la posibilidad de interponer una acción de amparo en virtud del artículo 27° de la Constitución. Dicha posibilidad estaría vinculada a aquellos supuestos en que la ley, obligada constitucionalmente a proteger al trabajador contra el despido arbitrario, no lo hace.

Un claro ejemplo de dicho supuesto sería el de la Ley N° 26120 (del 14 de diciembre de 1992) que estableció que por Decreto Supremo y, previo acuerdo de la COPRI, podía adoptarse medidas de racionalización del personal en las empresas incluidas en el proceso de privatización, regulado por el Decreto Legislativo N° 674. Entre esas medidas se incluía la ejecución de programas de cese voluntario con o sin incentivos. Una vez vencido el plazo para acogerse al cese voluntario, la empresa podía solicitar a la Autoridad Administrativa de Trabajo la reducción del personal, adjuntando la nómina de trabajadores incluidos en la medida. La Autoridad de Trabajo debía pronunciarse en cinco (5) días, de lo contrario se aprobaba la solicitud automáticamente (silencio administrativo positivo)³¹.

Este proceso vulneraba directamente el derecho de toda persona a estar debidamente protegida contra el despido, pues establecía un proceso carente de un mecanismo de comprobación adecuado de la objetividad del despido. En tal sentido, al ser una ley la que viola la disposición constitucional contenida en el artículo 27° de nuestra Carta Magna, puede recurrirse a la acción de

amparo a efectos de que se inaplique dicha norma al caso en concreto, y se reponga al trabajador que eventualmente haya sido afectado con la aplicación de la misma.

VI. LA SENTENCIA COMO PRECEDENTE VINCULANTE

En la aclaración, el Tribunal ha tratado de limitar el efecto vinculante de su pronunciamiento, sobre todo en materia de despido arbitrario, señalando que *"...los jueces y tribunales de la República deberán interpretar y aplicar los alcances del Decreto Legislativo N° 728 de conformidad con lo expuesto y resuelto en la sentencia de fecha 11 de julio del 2002, siempre que se reproduzcan los hechos y circunstancias generadas en la controversia establecida entre las partes litigantes..."* (Punto 2.8).

Al parecer, la sentencia estaría sugiriendo que, para inaplicar el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728, en la parte referida al despido sin imputación de causa, deben

además confluir hechos y circunstancias similares a la del proceso materia de pronunciamiento. ¿Debería entonces existir una afectación a la libertad sindical, o/y un cese escalonado de trabajadores para aplicar lo dispuesto por la sentencia otro caso?. Consideramos que ello no es así, pues el tratamiento del despido arbitrario es absoluta-

mente independiente de los demás temas. En consecuencia, bastará con probar que se ha comunicado el despido sin imputar una sola causa que justifique el mismo para, de acuerdo al artículo 9° de la Ley N° 23505 (Ley de Hábeas Corpus y Amparo), aplicar lo establecido en la sentencia materia de análisis.

En tal sentido, la aplicación mencionada podrá ser realizada no sólo en el amparo, sino incluso en la vía ordinaria, en la cual el Juez de Trabajo podrá ordenar la reposición, atendiendo a lo señalado por el Tribunal en el Punto 2.8. de la aclaración (citado anteriormente) y a lo establecido en su Ley Orgánica (Primera Disposición General).

"...los empleadores se cuidarán de imputar una causa al trabajador a quien se desea despedir, muchas veces, sin contar con pruebas de sus faltas"

(31) Dicha norma es citada por Cortés Carcelén, con relación a la flexibilización de las relaciones laborales. (CORTES CARCELEN, Juan Carlos, Flexibilidad en la terminación de la relación de trabajo por decisión unilateral del empleador, en: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Lima, 2000, p. 186.

VII. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

De acuerdo a lo expuesto a lo largo del presente trabajo, podemos concluir que una de las principales consecuencias será el inicio de numerosas acciones de amparo, cuya materia será el despido arbitrario. Por su parte, los empleadores se cuidarán de imputar una causa al trabajador a quién se desea despedir, muchas veces, sin contar con pruebas de sus faltas. Así impediría que los trabajadores presenten demandas de amparo para buscar protección frente al despido arbitrario.

Sobre el particular, debe tenerse presente que una carta de despido en la que no se explique debidamente la falta cometida o la causa que justifique el cese, sería tan inconstitucional como el no imputar falta alguna o no citar la causal del despido.

Finalmente, consideramos que si el trabajador recibió la indemnización por despido arbitrario, puede interponer la acción de amparo y lograr su reposición, esto último, siempre que devuelva el monto

indemnizatorio pagado a su favor. Si bien, ello no ha quedado muy claro en la sentencia, existe jurisprudencia sobre el particular relacionada a temas cercanos al aquí tratado³².

VIII. REFLEXION FINAL

A nuestro entender, la sentencia y su aclaración en conjunto, conforman un material jurídico importante. En materia social, consideramos que no afecta considerablemente a los empleadores, ni otorga a los trabajadores, como algunos han intentado sostener, un sistema de estabilidad absoluta, pues sólo se ha declarado inconstitucional una parte del segundo párrafo del artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728 (relacionada al despido sin expresión de causa).

En tal sentido, y debido a las incompatibilidades con la sentencia materia de análisis, sería saludable la revisión de los proyectos normativos elaborados, sobre la base de lo señalado por el Tribunal. **D&S**

(32) Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 10 de julio del 2002, Exp. N° 628-2001-AA/TC, emitida en el proceso seguido por Elba Graciela Rojas Huamán contra Telefónica del Perú S.A.A., en la que la demandante ganó el proceso tras probar que fue obligada a firmar su renuncia con un incentivo, debiendo devolver el dinero entregado al momento de la extinción de la relación.