

# *El derecho al empleo y el despido arbitrario.*

## *(a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica)*

**Fernando García Granara**

*Abogado.*

*Catedrático de Derecho Laboral de la PUCP,*

*Socio del Estudio González & Asociados,*

*Consultores Laborales*

El presente artículo tiene por objeto plantear algunas reflexiones en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional en la acción de amparo seguida por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. contra Telefónica del Perú, que declaró inaplicable, por inconstitucional, el segundo párrafo del artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL) en virtud del cual el despido arbitrario se sanciona con el pago de una indemnización.

Ante las diferentes y disímiles opiniones que ha originado tal pronunciamiento, resulta importante definir un criterio firme de interpretación y aplicación del régimen de protección contra el despido arbitrario que, dentro del marco de la sentencia y de su aclaración – que en estricto forma parte de la sentencia –, garantice seguridad jurídica en las relaciones laborales y en la solución de futuros casos judiciales.

Aunque la sentencia ha sido dictada en una acción de amparo y como tal no tiene efectos derogatorios de la norma legal, los criterios sentados por el Tribunal Constitucional se irradian a la solución de otros casos

judiciales y tienen impacto directo en las relaciones laborales<sup>1</sup>.

En este sentido, interesa destacar, entre otros, sólo dos de los variados temas que desarrolla la sentencia precisando el criterio del Tribunal y su incidencia en el ordenamiento jurídico: (1) el régimen del despido arbitrario; y, (2) el contenido esencial del derecho al empleo y su relación con la protección contra el despido arbitrario.

### **(I) El régimen del despido arbitrario**

El segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL establece que “*si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido*”. Esta disposición contiene dos supuestos de despido arbitrario que dan lugar al pago de la indemnización: (i) aquél en el que no se expresa causa; y, (ii) aquél en el que no se puede demostrar la causa en juicio. La distinción entre ambos supuestos es trascendente, puesto que en el primer caso se trata de un despido *ad nutum*<sup>2</sup>, basado en la libre voluntad del

---

(1) Así lo dispone la Primera de las Disposiciones Generales de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435 que señala “*Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*”

(2) Como lo mencionan Manuel ALONSO OLEA y María Emilia CASAS BAAMONDE: “*el despido se justifica a través sus causas; nuestro ordenamiento jurídico no conoce el despido ad nutum o sin causa, salvo la excepción aparente de la extinción del contrato durante el período de prueba, pero ya dijimos (.....) que en este caso no se trata tanto de circunstancia sobrevenida como de*

empleador, mientras que en el segundo se invoca una causa que no es demostrada en juicio, lo que presupone que la causa se encuentre enmarcada en la ley y que ésta no pueda acreditarse por falta de probanza.

Según la sentencia, la citada norma resultaba inconstitucional por contravenir el contenido esencial del artículo 22° de la Constitución que consagra el derecho al trabajo<sup>3</sup>, uno de cuyos aspectos se refleja en el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Para el Tribunal Constitucional el despido libre (*ad nutum*) que impone sólo una tutela indemnizatoria resultaba incompatible con la Constitución. Así, “*la indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional*”. La locución latina *ab initio* cuyo significado es “desde el principio” o “desde el comienzo”<sup>4</sup> es utilizada en la sentencia para calificar la inconstitucionalidad de origen de la norma que autoriza el despido sin expresión de causa.

Por su parte, la resolución aclaratoria señala que: “(...) el Tribunal Constitucional ha establecido como contraria a la propia Constitución – por tanto afectada de nulidad plena - la facultad prevista *ab initio* del artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728, que habilitaba al empleador a extinguir un contrato de trabajo sin motivar dicha decisión”. En este mismo sentido la aclaración señala que se “ha efectuado la extinción de los contratos de trabajo al amparo del artículo 34°, *ab initio*, del Decreto Legislativo N° 728 sin motivar la causa del despido; hecho frente al cual este Tribunal considera que dicha parte del referido texto es inconstitucional (...)”.

Como se colige de estos pasajes de la aclaración, el Tribunal circunscribe la calificación de inconstitucionalidad exclusivamente a los despidos sin expresión de causa, de tal modo que ésta no alcanza el segundo supuesto de despido arbitrario, es decir, el despido sin probanza de causa que sí originaría el pago de la indemnización. En la resolución aclaratoria el Tribunal utiliza nuevamente la frase “*ab initio*”, esta vez con una connotación estrictamente literal y limitada

a la primera parte del texto normativo que admite el despido sin expresión de causa. Este sería el alcance de la sentencia y de su aclaración respecto del despido arbitrario: “(...) *inaplicable por inconstitucional el segundo párrafo del artículo 34, en la parte anteriormente anotada*”.

Esta inaplicación de la primera parte (*ab initio*) del segundo párrafo del artículo 34° supone la validez constitucional del régimen de indemnización en los casos de un despido con expresión de causa que no llega a probarse. En este sentido, sigue vigente el régimen de estabilidad relativa que sanciona con indemnización este supuesto de despido arbitrario, pero respecto del despido sin expresión de causa el régimen jurídico podría calificarse de estabilidad absoluta en la medida que depende del trabajador recurrir en vía de reposición a través del amparo o por el pago de la indemnización en la vía ordinaria alegando el citado artículo 34 que se encuentra vigente.

En nuestra opinión, la causa que se invoca debe estar prevista en la ley para que pueda ser objeto de probanza ya que no se trata de invocar cualquier causa ni una simple alegación de causa por el empleador, pues de lo contrario se convertiría en un mecanismo para obtener por la vía indirecta lo que el Tribunal sanciona como inconstitucional que es el despido libre, *ad nutum*. Se trata entonces de que concurren elementos que hagan verosímil la invocación de la causa de extinción y la necesidad de probanza.<sup>5</sup>

Como quiera que la inaplicación de la disposición legal para un caso concreto a través de la acción de amparo no implica una derogación normativa, el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL continúa vigente en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el criterio sentado por el Tribunal Constitucional generaría en la práctica una división en el sistema legal, procesal y de tutela judicial, pues ante un despido sin expresión de causa el trabajador podrá elegir entre solicitar su reposición en el empleo a través de una acción de amparo alegando lesión de su derecho al trabajo siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional; o, demandar el cobro de la indemnización por despido ante los jueces de trabajo

condición resolutoria potestativa ex lege tenida en cuenta al tiempo de celebrar el contrato”. Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1995, p. 386 - 387.

(3) “Artículo 22°: El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de la realización de la persona”

(4) Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. CABANELLAS, Guillermo. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1970.

(5) En cuanto a la carta de despido con la exigencia de alegación de causa “(...) . Más en concreto, la interpretación del contenido de la carta de despido, como vía ordinaria del conocimiento de los hechos imputados, ha permitido valorar jurisprudencialmente el cumplimiento del requisito de alegación de la existencia de causa justificativa del despido, en el sentido de que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de

invocando el artículo 34° de la LPCL y aceptando la terminación del contrato.

En cambio, cuando el trabajador es despedido alegando causa justa o por una causa no prevista en la ley, sólo podría cuestionar su despido en la vía del proceso laboral, de tal forma que si el empleador no logra demostrar la causa invocada se ordenará el pago de la indemnización.<sup>6</sup> A diferencia del juez constitucional que como consecuencia de una acción de garantía debe reponer las cosas al estado anterior a la violación constitucional, el juez laboral no podría ordenar la reposición en el empleo en un proceso ordinario, pues ésta se encuentra contemplada exclusivamente en la Ley para el caso del despido nulo<sup>7</sup>.

Asimismo, teniendo en cuenta que no pueden actuarse pruebas en el proceso constitucional de amparo, el cuestionamiento de un despido causado en el que deban acreditarse los hechos que habilitan el despido y su base legal no sería susceptible de tramitarse en sede constitucional, sino en la vía ordinaria.

Del análisis de la sentencia y su aclaración el quid de la cuestión se encuentra entonces “ab initio” del segundo párrafo del artículo 34° y no comprende el segundo supuesto de despido arbitrario ni la indemnización como forma de protección. Así, para el Tribunal Constitucional es el despido sin expresión de causa o ad nutum el que está viciado de inconstitucionalidad, mas no el despido con expresión de causa.

## (II) El contenido del derecho al empleo y la protección contra el despido arbitrario

Según la sentencia, la norma resultaba inconstitucional por contravenir el contenido esencial del artículo 22° de la Constitución que consagra el derecho al trabajo, uno de cuyos aspectos se refleja en el derecho a no ser despedido sino por causa justa. El Tribunal considera que el contenido esencial del derecho al trabajo presenta dos aspectos:

- acceder a un puesto de trabajo, que supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población tenga dicho acceso, lo que implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado; y,
- el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

Este doble contenido del derecho al empleo ha sido acogido por la doctrina, los instrumentos internacionales y la interpretación constitucional. En este sentido, en opinión de SASTRE pueden encontrarse tres aspectos y no dos: “*en el derecho al trabajo constitucionalmente diseñado aparecen individualizados tres aspectos: en primer término, la pretensión protegida por el propio texto constitucional – de conseguir una ocupación; en segundo lugar, la garantía de un puesto de trabajo adecuado y, finalmente, un puesto estable*”.<sup>8</sup>

En su primera acepción, de acceder a un puesto de trabajo, es necesario articular esta disposición con la opción constitucional por la economía social de mercado, de libertad de trabajo y de libertad de empresa contenidos en los artículos 58° y 59° de la Constitución, preceptos que enlazados con el derecho al empleo proyectan una política de empleo que precisamente permite desarrollar las condiciones para que los ciudadanos puedan acceder a un puesto de trabajo.

La segunda acepción, garantía de un trabajo adecuado no es nueva en el derecho del trabajo y confluyen aquí el principio protector como exigencia de seguridad en el trabajo y el derecho a una ocupación efectiva y adecuada.

El tercer aspecto se vincula directamente con el derecho a la estabilidad laboral e incluso con las expresiones del principio de continuidad.<sup>9</sup> Así en la doctrina española se reconoce que “*el derecho al trabajo es el punto de apoyo constitucional del principio de estabilidad en el empleo, que se manifiesta en numerosas*

*prueba que juzgue convenientes.(...)”. Véase PÉREZ – ESPINOSA SÁNCHEZ, Fernando. El despido improcedente por injustificado. En: Estudios Sobre el Despido. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1996, p. 54.*

(6) Aunque no ha sido regulado de modo expreso, sería pertinente examinar el supuesto de despido realizado en fraude de ley en virtud del cual el empleador procede al despido utilizando el mecanismo legal (formal) para encubrir un acto sin causa (acto real). Expresa GALIANA MORENO que “Constituye en esencia un medio de “eludir las reglas de derecho para hacerlas vanas y de sustraerse de ellas”, conducta que además, no se lleva a cabo de manera frontal, sino “buscando un medio artificioso o un subterfugio” (Diez-Picazo).

GALIANA MORENO, Jesús. El Fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial. En: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1990.

(7) “*El Juez declarará nulo el despido cuando sea discriminatorio o viole los derechos fundamentales del trabajador*”. ALONSO OLEA, Manuel. Derecho del trabajo. Madrid, 1995, p. 435.

(8) SASTRE IBARRECHE, Rafael. El derecho al trabajo. Editorial Trotta. Madrid, 1996. página 231.

(9) Para PLA RODRIGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Página 156 y siguientes. Plantea que el alcance del principio de continuidad se expresa en las siguientes proyecciones:

*reglas legales, entre ellas la que establecen un régimen de despido causal, entendido como exigencia de justificación suficiente para el despido.”*<sup>10</sup>

Por su parte, en la doctrina nacional, NEVES MUJICA planteaba recientemente que el derecho al trabajo tiene un doble contenido: “*facilitar el acceso a quienes no lo tienen y permitirles conservarlo a quienes ya lo poseen*”. En el primer sentido, el derecho del trabajo se preocupa de procurar a toda persona un empleo<sup>11</sup> derecho que califica de preceptividad diferida, mientras que el segundo alude a la conservación del empleo, coincidiendo “*parcialmente con la doctrina de la estabilidad en el trabajo: la prohibición del despido arbitrario*” que califica de preceptividad inmediata y, por tanto, susceptible de protección constitucional.

Ahora bien, si existen dos normas constitucionales que parecen regular el mismo supuesto ¿cuál es el marco del derecho al empleo y cuál el de la protección contra el despido arbitrario?; En este punto, como se ha advertido, existe una superposición de regulación, cuya definición puede llevar a soluciones divergentes: o separarlas de modo definitivo o generar una interpretación concordada que ciertamente no puede tener contradicciones internas.

La interpretación constitucional del Tribunal Constitucional asume que la protección contra el despido arbitrario constituye un mandato al legislador para desarrollar un mecanismo de exigencia de causa justa que puede tener como consecuencia una reposición, el pago de una indemnización o el reconocimiento de una prestación económica dependiendo de la opción que acoja el ordenamiento jurídico en legalidad ordinaria.

Por su parte, desde una perspectiva estrictamente constitucional para el Tribunal Constitucional importa determinar si la fórmula legal del despido libre viola, no precisamente la protección contra el despido arbitrario, sino el derecho al empleo. En este sentido, lo que se regula en la protección contra el despido arbitrario es la causalidad del despido y sus efectos, mientras lo que preserva el derecho al empleo es la prohibición de que el empleador pueda despedir libremente dejando de lado la exigencia de alegación de causalidad.

Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional Español, como lo expresa PEDRAJAS MORENO “*...tanto la Jurisprudencia del TC, como la Doctrina han venido a destacar cómo este derecho, en la forma en que está concebido, además de sus potencialidades como impulsor de la libertad de oficio y de promoción en el trabajo se conforma como una auténtica barrera frente a los despidos carentes de motivación o ad nutum, de modo que en base a dicho precepto constitucional habría que declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas que posibilitesen tal práctica o la invalidez de cualquier actuación concreta en ese sentido*”.<sup>12</sup>

Y agrega de modo similar a la interpretación acogida en la sentencia comentada: “*La exigencia de causa justa veda, pues, en nuestro sistema jurídico, convirtiéndola en inconstitucional, cualquier previsión legal que determinase, sin más, la posibilidad de extinción del contrato ad nutum, basada en la libérrima decisión empresarial.*”

Este es el fundamento que acoge el Tribunal en su interpretación constitucional. Con esta interpretación, el derecho al empleo por sí solo determinaría la

***“... en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o en la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista.”***

“1) preferencia por los contratos de duración indefinida; 2) amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato; 3) facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido; 4) resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal; 5) interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; y, 6) prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador.

(10) MARTIN VALVERDE, Martín, RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín, GARCIA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo. Editorial Tecnos. Madrid. 2001. Página 144-145.

(11) NEVES MUJICA, Javier. Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo. En: Asesoría Laboral. N° 137. Mayo 2002. página 11.

(12) PEDRAJAS MORENO, Abdón. Despido y derechos fundamentales. Editorial Trotta. Madrid, 1992. Página 140. Citando al Tribunal Constitucional señala: “*Así el TC ha podido destacar cómo el derecho al trabajo “ en su aspecto individual se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe justa causa”.* (Sentencia del Tribunal Constitucional 22/81 del 2 de julio.

inconstitucionalidad de la norma legal - y, por tanto, de su utilización - que habilitara el despido libre. De modo complementario, la protección contra el despido arbitrario establecería el mecanismo de reparación ante un despido cuando no se prueba la causa, es decir, a pesar de la diversidad de su etiología se requiere de la alegación de una causa que guarde relación con un “hecho o dato objetivo susceptible de ser configurado como causa justa o suficiente...”<sup>13</sup>. La causalidad del despido en que se basa el sistema precisamente brinda el marco exclusivo y excluyente para el legislador ordinario respecto a la admisión del despido arbitrario sólo en el caso en que se alegue causa suficiente.

La interpretación constitucional admite entonces un esquema de actuación complementaria entre el derecho al empleo y la protección contra el despido arbitrario, cada uno con un marco y fundamento determinado. El Tribunal Constitucional ha descartado, por lo menos en esta sentencia, que la disposición constitucional de protección contra el despido arbitrario (artículo 27<sup>a</sup>) dé cobertura a la regulación legal del despido incausado (libre), sino que éste no forma parte de su contenido esencial, sino del que corresponde al derecho al empleo.

Es de destacar, que en la doctrina española se ha recogido esta interpretación aunque sobre la base de la inexistencia de una norma constitucional que regule la protección contra el despido arbitrario. En efecto, PEDRAJAS destaca que: “...salvo esta importantísima manifestación del derecho al trabajo del art.35 CE (Constitución Española), que impide que los despidos tanto individuales como colectivos puedan producirse sin amparo en causa justa y que tacharía como inconstitucional cualquier eventual norma futura que así lo posibilitara, no existe en el texto de la Norma Fundamental ningún otro precepto del que puedan extraerse consecuencias directas en orden a la regulación del despido.”<sup>14</sup>

Una pauta de interpretación del artículo 22° de nuestra Constitución está constituida por los artículos 6° y 7° del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que conforme a lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional, sirven de base para la interpretación de los derechos constitucionales. Los artículos mencionados disponen:

## Artículo 6

### Derecho al Trabajo

1. *Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.*
2. *Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.*

## Artículo 7

### Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

*Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere 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 nacionales, de manera particular:*

(....)

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

Además de recoger los diferentes sentidos del derecho al empleo, el Pacto comprende el derecho a la estabilidad como parte del derecho al empleo, precisando

(13) PEDRAJAS MORENO. Obra citada. Página 140.

(14) PEDRAJAS MORENO. Obra citada. Página 141-142. Con la necesaria acotación de que en la Constitución Española no existe una norma como la del artículo 27 de la Constitución Peruana sobre la protección contra el despido arbitrario, que el Tribunal Peruano considera como un mandato al legislador pero no una norma que pueda habilitar el despido libre indemnizado.

su vinculación con la causalidad del despido, y obviamente sin reconocer el despido libre. Es decir, el Pacto no descarta la aplicación del derecho al empleo para prohibir los despidos libres y parece tener una mayor extensión del derecho al empleo ya no para prohibir el despido libre sino para admitir que éste recoge la causalidad del despido propia de la estabilidad, cuyas consecuencias pueden ser la indemnización, readmisión o cualesquiera otra prestación. El Pacto no expresa ningún "piso o mínimo" susceptible de mejora, sino más bien la opción por cualquiera de estas opciones, pero sobre la base de una exigencia de causalidad que precisamente no se da en el despido libre.

En nuestra opinión, la construcción del Tribunal Constitucional se basa en una distinción entre el contenido esencial del derecho al empleo y el de la protección contra el despido arbitrario, que sólo podría ser modificada por

el propio Tribunal o en una nueva fórmula constitucional, pues para el Tribunal la prohibición y los efectos del despido libre no forman parte del contenido esencial del artículo 27 (protección contra el despido arbitrario) sino del artículo 22 (derecho al empleo). Por el momento, en el interés de obtener seguridad jurídica en este tema tan sensible para el sector empresarial, laboral y el propio Estado y evitar la utilización de la vía de amparo para todo reclamo de legalidad ordinaria sobre impugnación del despido, podría plantearse una nueva fórmula legal del segundo párrafo del artículo 34º de la LPCL que elimine la referencia al despido sin expresión de causa y la limite exclusivamente al despido no probado, generando un nuevo escenario legal que permita encauzar el criterio sentado por el Tribunal Constitucional. Con ello se otorgaría efectos generales al criterio del Tribunal para obtener una sola y uniforme corriente de interpretación. **D&S**