

**CONSULTA N° 147-2012  
PIURA**

Lima, ocho de mayo  
de dos mil doce.-

**VISTOS; y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, es materia de consulta la sentencia de fojas setenta y cinco, de fecha tres de octubre del dos mil once, emitida por el Juzgado Mixto de Castilla de la Corte Superior de Justicia de Piura, en el extremo que declara inaplicable al presente caso el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; resolución emitida en el presente proceso de amparo interpuesto por don Manuel Enrique Seminario Celi contra el Banco Agropecuario – Agrobanco.

**SEGUNDO:** Que la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público, que viene impuesta por ley, que no es en esencia un recurso sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al Superior, y a éste el de efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior. En palabras de Edgar Escobar López *“la consulta, a diferencia de los recursos, no es un derecho ni una acción de libre arbitrio o disposición de las partes, sino que es un imperativo del legislador con carácter obligatorio que ordena al juez, sin petición alguna, que determinadas resoluciones deben ser revisadas por el superior”*<sup>1</sup>

**TERCERO:** Que, la consulta está prevista para un número determinado de supuestos contenidos en el artículo 408 del Código Procesal Civil, entre ellos, el referido a aquellas resoluciones “en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria” (inciso 3); supuesto éste (consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía) en el cual no debe perderse de vista lo dispuesto en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cual determina que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su

<sup>1</sup> Escobar López, Edgar; citado por Ledesma Narváez, Marianella; “Comentarios al Código Procesal Civil”; Gaceta Jurídica, tercera edición, 2011, página 885.

**CONSULTA N° 147-2012**  
**PIURA**

competencia, encuentren que hay incompatibilidad en la interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera, debiendo las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.

**CUARTO:** Que, el presente proceso nace como consecuencia de la demanda de amparo, de fojas trece, interpuesta por don Manuel Enrique Seminario Celi contra el Banco Agropecuario a fin de que se disponga su reincorporación en su puesto de trabajo al haber incurrido la demandada en un despido arbitrario en la modalidad de despido incausado. Luego de efectuado el trámite de ley, el Juzgado Mixto de Castilla de la Corte Superior de Justicia de Piura emitió sentencia de fecha tres de octubre del dos mil once (fojas setenta y cinco) declarando fundada la demanda, inaplicando para ello el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR por contravenir el derecho constitucional al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, reconocidos en los artículo 22° y 27° de la Constitución Política del Estado.

**QUINTO:** Que, el dispositivo inaplicado en autos, segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, 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. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.”*

**SEXTO:** Que, a su vez el derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución, y que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: a) El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, b) el derecho a no ser despedido sino por

**CONSULTA N° 147-2012**  
**PIURA**

causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar 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; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

**SÉPTIMO:** Asimismo el artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional: a) Se trata de un "mandato al legislador"; b) Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección; y, c) No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley. Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. 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 esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibile.

**CONSULTA N° 147-2012**  
**PIURA**

**OCTAVO:** Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "*como única reparación*". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de esta Sala Suprema, por las siguientes razones: **a)** El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional; **b)** La forma de aplicación de esta disposición por la demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43° ("República" "social") y 3° de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral; y, **c)** La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo

**CONSULTA N° 147-2012**  
**PIURA**

determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.

**NOVENO:** Que, en consecuencia, se concluye que la demandada vulnero los derechos constitucionales del demandante relativos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario; reconocidos en los artículos 22° y 27° de la Constitución Política del Estado; afectándose asimismo, los derechos humanos del trabajador consagrados entre otros, en los siguientes instrumentos internacionales: Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23.1°; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6.1°; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XIV; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocólos de San Salvador", artículos 6° y 7°, todos los cuales tienen rango *ius cogens* orden Público Internacional, cuyo núcleo esencial y constitutivo radica en la protección y la promoción de los derechos de la persona humana cuyo imperativo es también regulado por el artículo 1° de la Constitución Política del Estado.

**DECIMO:** Que, por tanto, ésta Sala de Derecho Constitucional y Social considera que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso sub litis, de un lado la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho al trabajo y a la protección contra el despido; y del otro lado una norma legal que establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización como única reparación; por ésta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la segunda y aplicarse preferentemente la primera; pues no existe razón objetiva y razonable que justifique el pago de una indemnización como única reparación frente a un despido arbitrario en la modalidad de despido incausado; razón por

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente  
Corte Suprema de Justicia de la Republica

**CONSULTA N° 147-2012  
PIURA**

la cual corresponde aprobar la resolución consultada de fecha veintiuno de diciembre del dos mil diez en el extremo que es materia de consulta.

Por tales fundamentos: **APROBARON** la sentencia de fojas setenta y cinco, de fecha tres de octubre del dos mil once, emitida por el Juzgado Mixto de Castilla de la Corte Superior de Justicia de Piura, en cuanto declara **INAPLICABLE** el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; en los seguidos por don Manuel Enrique Seminario Celi contra el Banco Agropecuario – Agrobanco sobre proceso de amparo; y los devolvieron.- Vocal Ponente: Yrivarren Fallaque

**S.S.**

**VASQUEZ CORTEZ**

**ACEVEDO MENA**

**VINATEA MEDINA**

**YRIVARREN FALLAQUE**

**TORRES VEGA**

Jcy/

CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO  
SECRETARIA  
de la Sala de Derecho Constitucional y Social  
Permanente de la Corte Suprema

29 NOV. 2012