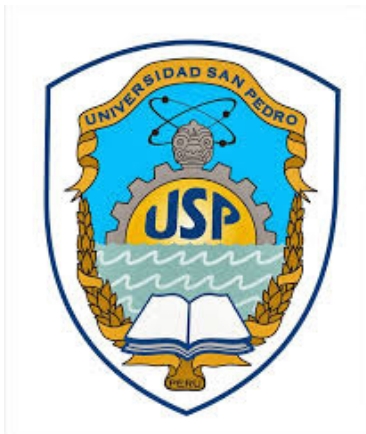


UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



LA REPOSICION POR DESPIDO INCAUSADO Y SU CADUCIDAD. REMUNERACIONES Y BENEFICIOS SOCIALES DEVENGADAS, Y DAÑO MORAL

Trabajo de Suficiencia Profesional

AUTOR

Pesantes Llontop, Fred Ling

ASESOR

Alva Galarreta, Mirko

CHIMBOTE – PERÚ

2019

TEMA :	REPOSICIÓN. INDENMIZACIÓN
ESPECIALIDAD :	LABORAL

THEME :	REPLACEMENT. COMPENSATION
SPECIALLY :	WORK

DEDICATORIA:

El presente trabajo lo dedico en primer lugar a Dios, quien es el ser que me brindó y me brinda a diario, las oportunidades para poder lograr las metas y anhelos de mi corazón. Además, dedico este Informe a mi familia, en especial a mi abuela, América Ramírez, a mi madre, Isabel Llontop, a mis hermanos, a mis sobrinas, quienes son los motivos por los cuáles intento alcanzar cada vez mis metas. Por último, también dedico este trabajo de investigación, a aquellos amigos que con el paso de los años llegaron a convalidar más ese vínculo con mi persona, quienes siempre motivaron en mí, el deseo de la superación y de la perfección.

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a todas aquellas personas que siempre me motivaron a seguir adelante en mis sueños, de forma concreta al Doctor Wilson Alejandro Chiu Pardo y a la Doctora Flor de María Guerrero Saavedra, quienes siempre cultivaron en mi persona, deseos por ser mejor profesional, no solamente de manera intelectual, sino también desde el aspecto moral. Por último, también agradezco a mis familiares que me apoyaron para llegar a esta etapa de mi vida, concretamente a mi madre, a mi abuela, a mi tía María Llontop, a mis hermanos y hermanas, y a un gran amigo, Eduardo Castillo, quien estuvo apoyándome en la redacción del presente informe.

ÍNDICE

Palabras Claves

Dedicatoria

Agradecimiento

Índice

Resumen	1
Descripción del problema	2
Marco Teórico	4
a. La caducidad de la acción en los casos de reposición por despido incausado	
b. Reposición por despido incausado	
c. Pago de remuneraciones y beneficios sociales devengados (dejados de percibir) durante el período	
d. Indemnización por daño moral	
Análisis del Problema	27
a. Problema N° 1: ¿Desde cuándo debe computarse el plazo de caducidad para interponer reposición por despido incausado en los casos en los que administrativamente se ordena la reposición del trabajador?	
b. Problema N° 2: ¿Procede el pago de remuneraciones y beneficios sociales devengados como consecuencia del despido incausado?	

c. Problema N° 3: ¿El daño moral como consecuencia del despido inconstitucional debe presumirse o probarse?

Conclusiones	53
Recomendaciones	54
Referencias Bibliográficas	55
Anexos	58

RESUMEN

El presente Informe nace como consecuencia del caso tramitado en el expediente 00109-2018-0-2501-JR-LA-05.

El caso analizado en el expediente señalado, se refiere a la demanda de reposición por despido incausado como consecuencia de la terminación colectiva de contratos por motivos económicos y estructurales presentados por la empresa empleadora ante la Dirección Regional de Trabajo; peticionando el demandante se le reponga a su centro de trabajo y se le cancele todas las remuneraciones y beneficios sociales del periodo de despido, así como la indemnización por daño moral.

En este informe analizaremos las instituciones constitucionales, legales y jurisprudenciales referidas en el párrafo anterior y se realizarán comentarios que reflejarán la opinión del autor respecto a lo resuelto por el Juzgado Especializado y Sala Laboral correspondientes, estableciendo así al finalizar el informe las conclusiones del caso.

El desarrollo de lo señalado en los párrafos precedentes se realizará en base no solamente de la ley, sino a los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República, precisando que entre estas dos instituciones así como dentro de cada una de ellas sean emitidas decisiones contradictorias las que se pasarán a señalar y analizar oportunamente.

DESCRIPCION DEL PROBLEMA

El presente Informe nace como consecuencia del caso tramitado en el expediente 00109-2018-0-2501-JR-LA-05.

El caso analizado en el expediente señalado, propone, concretamente, cuatro temas principales sobre los cuales se sustentan los argumentos de ambas partes ,siendo estos los siguientes: a) la caducidad de la demanda de reposición por despido incausado ,b) La reposición por despido incausado ,c) El pago de las remuneraciones y beneficios sociales de vengados como consecuencia de que se declare fundada la reposición por despido incausado, y, d) El pago de la indemnización por daño moral como consecuencia del acto ilegal de despido

El analizar estas instituciones jurídicas resulta de mucha importancia del quehacer jurídico, ya que se abren muchas interrogantes respecto a cada una de ellas.

Respecto a la caducidad surgen preguntas como ¿desde cuándo se empieza a computar el plazo de caducidad en los casos de terminaciones colectivas de contratos por motivos económicos? o ¿resulta procedente la suspensión o interrupción del plazo de caducidad?

En cuanto a la reposición por despido incausado , resultará necesario analizar la procedencia de esta pretensión, considerando si el solo hecho del rechazo de la solicitud de terminación colectiva de contrato implica un acto de despido, lo que además resulta necesario para establecer si corresponde o no el pago de remuneraciones de vengadas, criterio que a nivel nacional se encuentra polarizado atendiendo a que existe un segmento que sí considera su procedencia, y otro que no en mérito al fundamento de que las remuneraciones se otorgan por un trabajo efectivo.

Por último, en relación al pago de la indemnización del daño moral como consecuencia del despido, también a nivel nacional, y concretamente en las Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia del Santa, existen opiniones opuestas respecto su otorgamiento, ya que algunos magistrados requieren prueba de dicho daño, mientras que otros conceden tal concepto por el simple hecho de la existencia del despido.

Todos estos temas así como las opiniones dispares sobre estos, se señalarán y analizarán en el presente trabajo, permitiendo a su autor presentar conclusiones y recomendaciones a fin de promover la seguridad jurídica y predictibilidad en las decisiones judiciales.

MARCO TEÓRICO

I. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EN LOS CASOS DE REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO

1. LA CADUCIDAD

El artículo 2003 prescribe que: *“La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”*.

Vidal (Varios, 2005) señala: *“El vocablo caducidad tiene su origen etimológico en las locuciones latinas caducus y cadere, cuyas acepciones son, entre otras, las de dejar de ser, desaparecer,..., la de terminar, extinguirse. El Diccionario de la Real Lengua le da,..., el significado de perder su fuerza una ley,..., y el de extinguirse un derecho...”* (pág.34).

“Como puede apreciarse, la norma precisa que la caducidad al extinguir el derecho, extingue también la acción que genera o , para mayor claridad, la pretensión que ha debido hacerse valer dentro del plazo prefijado por la ley” (Varios, 2005, pág. 35).

Pastrana Espinal (Pastrana Espinal, 2017), señala que: *“Es necesario tener presente que tanto la prescripción como la caducidad son instituciones de derecho sustancial que constituyen mecanismos de extinción de diversas situaciones jurídicas con el transcurso del tiempo. De este modo, más allá de su relevancia procesal como excepciones en el Código Procesal Civil, su lugar y su estudio corresponde al Derecho Civil, razón por la cual ambas instituciones jurídicas son debidamente reguladas en el Libro VIII del Código Civil de 1984, desde el artículo 1989º hasta el artículo 2007º. Esto último tiene especial repercusión en sede casatoria, pues al tratarse de normas jurídicas de derecho material, su interpretación errónea o inaplicación puede ser revisada a través del recurso de casación. Lo mismo que no ocurriría en caso que la Corte Suprema considerara que se*

trata de instituciones jurídicas de naturaleza procesal, que por su naturaleza no pueden ser objeto de análisis a través de dicho recurso”.

Vidal (Vidal Ramirez , 2002) indica: *“Conceptuada la caducidad como una causa de extinción de derechos subjetivos por el transcurso de tiempo y como efecto de su falta de ejercicio en el plazo en que debe ser ejercitado, es conveniente tomar en consideración lo que hemos dejado expuesto en la relación al ejercicio del derecho subjetivo (Supra N°13.5) y que una de las manifestaciones de tal ejercicio conduce a la acción. Desde la perspectiva de la delimitación conceptual que dejamos planteada, la caducidad extingue el derecho y, por ende, la acción de él deriva, pues se requiere que el derecho emerja con un plazo dentro del cual se debe hacer valer la pretensión que genera, precisamente, mediante la acción.”* (pág. 237).

2. PLAZO LEGAL

El artículo 36° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, prescribe: *“El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho”.*

El Pleno Jurisdiccional Laboral de 1999, realizado en la ciudad de Trujillo, en su Acuerdo N° 1, estableció: *“Para efectos de la suspensión del cómputo del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 36° del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo 728 -Ley de Productividad y Competitividad Laboral- aprobado por el Decreto Supremo N° 03-97-TR, se aplican íntegramente las disposiciones contenidas en el artículo 58° del Decreto Supremo N° 01-96-TR, en la medida que desarrolla el concepto de falta de funcionamiento del Poder Judicial previsto en el artículo 36° del T.U.O.”.*

En el III Encuentro Jurisdiccional de Jueces sobre la Nueva Ley Procesal de Trabajo, realizado en la ciudad de Arequipa los días 05 y 06 de diciembre del 2013, se señaló que: *“Las acciones por despido fraudulento, despido encausado deben caducar a los 30 días, conforme a lo previsto en el Artículo 36° de la Ley de Productividad”*, criterio ratificado por el II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, celebrado los días 08 y 09 de mayo del 2014, que alude: *“El plazo de caducidad para interponer una demanda de reposición por despido incausado o despido fraudulento es de treinta (30) días hábiles de producido el despido calificado como inconstitucional, de conformidad con el artículo 36 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. En los casos en que exista en trámite una demanda de amparo, ésta deberá ser reconducida ante el juez ordinario laboral si se verifica que la misma ha sido interpuesta dentro del plazo de 30 días hábiles”*.

Sánchez Zapata (Sánchez Zapata, 2016) indica que: *“Todo trabajador deberá formalizar su pedido de reconocimiento de indemnización, por el despido arbitrario sufrido, ante el aparato judicial respectivo... dentro de plazo de los (30) días... siguientes a la fecha en que se produjo el hecho, entendiéndose por hecho al despido arbitrario sufrido por el trabajador resaltando que este plazo impuesto por la norma es un plazo de caducidad mas no de prescripción...”*(pág. 58).

“El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta (30) días naturales de producido el hecho...” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 54).

Mayor Sánchez (Mayor Sánchez, 2016) refiere que: *“..., dado que, si se encuentra corroborado la negativa de la empresa para dejar ingresar al trabajador, el lector podrá valorar que en el presente caso... sí se había estructurado un despido de hecho... e incausado,...”* (pág. 102).

II. REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO

1. EL DESPIDO

Fajardo Mori (Fajardo Mori, 2016) respecto al concepto de despido señala: *“El despido es una modalidad de extinción de la relación laboral que se sustenta en el poder de dirección que ostenta el operador, fruto del contrato de trabajo, y que, a su vez, debe estar relacionado con la capacidad del trabajador, su conducta o en las necesidades de funcionamiento de la empresa...”*(pág. 64).

“Alonso García define al despido como “el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual este decide poner fin a la relación de trabajo”; para Krotoschin: “El despido es la declaración (acto jurídico) unilateral de una de las partes, dirigida a la otra y recibido (no aceptada) por ésta, que tiene por objeto la terminación del contrato” (Ocampo Cabanillas, 2016, pág. 87).

Valderrama y Tarazona (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018) indican que: *“El despido puede ser definido,..., como aquel acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador, el cual, para su validez, debe ser comunicado por escrito, sustentarse en causa justa y seguir un procedimiento basado en la ley. Se debe anotar que el ordenamiento reconoce al despido efectos inmediatos, con lo cual se presume la validez del acto extintivo del empleador. Asimismo, podemos destacar que el despido tiene las siguientes características: Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del empleadores innecesaria e irrelevante. Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente. Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea reconocida por el trabajador, a quien está destinada. Es*

un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan ad futurum los efectos del contrato” (pág. 40).

Cuba Velaochaga (Cuba Velaochaga, 2017), señala: *“De las definiciones dadas podemos apreciar un elemento interesante que solamente ha sido señalado por Cabanellas y es el referido a que este tratadista no califica el despido como un simple “acto unilateral”, sino como un “derecho de empleador” que le otorga la potestad de resolver la relación contractual surgida con el trabajador como consecuencia de la celebración del contrato de trabajo de modo unilateral. Coincidimos con esta apreciación, porque si bien el despido es un derecho del empleador, tal como alude Cabanellas, el mismo no es un derecho absoluto, ya que posee limitaciones; sin embargo, dichas limitaciones no anulan su calidad de derecho” (pág. 60).*

Quispe Chávez y Mesinas Montero (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, 2009) refiere que: *“Es un acto unilateral, pues la extinción se produce por la sola voluntad del empleador sin participación alguna del trabajador, pero siempre por las causas que la ley señale... Es un acto recepticio, pues su eficacia está relacionada con la efectiva comunicación del empleador al trabajador que va ser despedido...Es un acto constitutivo, pues el empleador no tiene que solicitar o proponer el despido a otra instancia, siendo él quien extingue la relación jurídica laboral. Es un acto extintivo, pues la relación laboral se extingue ad futurum por el acaecimiento de hechos posteriores a la celebración del contrato de trabajo” (pág. 10).*

2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO

El inciso 15) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú prescribe, que: *“Toda persona tiene derecho:... A trabajar libremente, con sujeción a ley”*; agregando que en su artículo 27 que: *“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 23, que: *“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*.

“De estos tres conceptos podemos concluir y señalar que el elemento preponderante de la estabilidad laboral es el hecho de permanencia del trabajador en su puesto de trabajo, y que dicha permanencia queda garantizada a no ser que el trabajador incurra en alguna causal de despido predeterminada en la ley. En consecuencia, la estabilidad laboral otorga a la relación de trabajo un carácter de permanencia, en donde la disolución del vínculo depende de la voluntad del trabajador y solo de manera excepcional de la voluntad del empleador” (Cuba Velaochaga, 2017, pág. 71).

Elías Mantero (Varios, 2013) señala que: *“El trabajo es un instrumento para obtener la subsistencia y bienestar, tanto del trabajador como de su familia...; siendo que el trabajo es además una actividad inherente al ser humano, que recurre a sus esfuerzo generalmente como principal o único medio de subsistencia y satisfacción de sus necesidades...”*(pág. 268).

Neves Mujica (Varios, 2013) menciona que: *““Adecuada protección” es un modelo abierto. La Constitución ordena que exista una protección adecuada, pero remite al legislador la decisión de qué forma o formas pueden revestir esta. Las fuentes en las que deberemos indagar para identificar las reparaciones admisibles frente a la vulneración del derecho son la tradición normativa nacional y las normas internacionales... El legislador, pues, podría optar por un régimen de estabilidad laboral absoluta,..., por un régimen de estabilidad laboral relativa,..., o por uno mixto, con reposición para algunos casos e indemnización para otros. Este*

último es el que tenemos en el Perú, creado en parte por la ley y en parte por sentencias del Tribunal Constitucional...” (pág. 757)

Ferro Delgado (Ferro Delgado, 2014) respecto a la estabilidad laboral indica: *“Ahora bien, el reconocimiento a la estabilidad laboral puede plasmarse en la legislación mediante distintas modalidades. En el derecho comparado prima la denominada estabilidad laboral relativa, conforme a la cual el despido sin justa causa es objeto de tutela resarcitoria..., mientras que la tutela restitutoria... se limita a casos en que medie el despido resulte lesivo de determinados derechos fundamentales, lo que nuestra legislación corresponde a supuestos de despido nulo. Desde este enfoque, entendemos justificada una reflexión sobre el modelo de estabilidad laboral recogido por la Constitución vigente a fin de contrastarlo con los criterios que sobre esta materia ha desarrollado el TC...” (pág. 63).*

Gonzales Ramírez (Gonzales Ramírez, 2016) refiere que: *“La seguridad y tranquilidad de los trabajadores respecto a su permanencia en el empleo se transforman en claros beneficios tanto para empresa como para el trabajador, ya que contribuyen a generar un adecuado ambiente de trabajo y, por ende, mayores posibilidades de alcanzar altos niveles de producción...”(pág. 16).*

Ocampo Cabanillas (Ocampo Cabanillas, 2016) refiere que: *“Nuestro ordenamiento jurídico laboral se inclina por preferir a la contratación a plazo indeterminada por sobre la contratación temporal, más allá de que esta última suponga ser la abanderada de las corrientes flexibilizadoras del Derecho del Trabajo...” (pág.86).*

3. CLASIFICACIÓN LEGAL DEL DESPIDO Y SUS FORMAS DE PROTECCIÓN

A. DESPIDO JUSTIFICADO

“... , la LPCL permite que el despido individual se ampare en dos tipos de justificaciones, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico: CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO INDIVIDUAL Relacionada con la capacidad del trabajador Entre ellas tenemos: El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida. El rendimiento deficiente. La negativa injustificada para someterse a examen médico, o a cumplir con las medidas profilácticas o curativas para evitar enfermedades o accidentes. Relacionada con la conducta del trabajador Considera los siguientes supuestos La comisión de falta grave, según las causales previstas en la ley. La condena penal por delito doloso. La inhabilitación del trabajador. Corresponde indicar que el despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 41).

B. DESPIDO ARBITRARIO

El segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: *“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”*.

“Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. Para la verificación del despido arbitrario, se

puede recurrir a: La AAT, a solicitud de parte, la que prestará su concurso para verificar el despido arbitrario que se configure por la negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso del trabajador al centro de labores, lo que se hará constar en el acta correspondiente. La autoridad policial a fin de que se efectúe la referida constatación, en la que se deberá especificar la identidad y cargo de las personas que intervinieron en el acto, el lugar donde se realizó la diligencia y la manifestación de las partes. La remuneración que servirá de base para el pago de esta indemnización corresponde a la remuneración mensual percibida por el trabajador al momento del despido” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 45)

Por otro lado, el artículo 38° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala: *“La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.*

“El abono de la indemnización procede superado el período de prueba y su monto varía dependiendo de sí el contrato es a plazo indeterminado o sujeto a modalidad... La indemnización por despido arbitrario deberá abonarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de producido el cese. De no ser así devengará intereses con la tasa legal laboral fijada por el Banco Central de Reserva. No procederá la acumulación de tiempo de servicios, en caso de reingreso, a efectos del pago de la indemnización por despido” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 46)

C. DESPIDO NULO

El artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: *“Es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato*

o la participación en actividades sindicales; b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25; d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”.

“En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización que corresponde por despido arbitrario. Si el juez ordena la reposición, se aplican las siguientes pautas: El trabajador deberá ser reincorporado en el empleo, sin afectar su categoría anterior. En la oportunidad en que se produzca la reposición del trabajador, las partes suscribirán un acta dejando constancia de tal hecho. En su defecto cualquiera de ellas podrá solicitar al juez de la causa que la reposición se efectúe con la intervención del secretario cursor. El empleador que no cumpla el mandato de reposición dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado, será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en 30% del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta la cabal ejecución

del mandato. El importe de la multa no es deducible de la materia imponible afecta a impuesto a la renta” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 48).

D. DESPIDO INDIRECTO

El artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: *“Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador. c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador. h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad. El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso. Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia.*

“El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis (6)

días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso. Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la Ley N° 27942. El trabajador que se considere hostilizado podrá optar excluyentemente por: Accionar para que cese la hostilidad: Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o, La terminación del contrato de trabajo: En cuyo caso demandará el pago de la indemnización por despido arbitrario, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 50).

4. CLASIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DESPIDO Y SUS FORMAS DE PROTECCIÓN

A. DESPIDO INCAUSADO

El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia emitida en el expediente número 976-2001-AA/TC (Caso Eusebio Llanos Huasco), ha señalado en su fundamento décimo quinto, que: “...b) *Despido incausado...Se produce el denominado despido incausado, cuando: Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique...*”.

B. DESPIDO FRAUDULENTO

El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia emitida en el expediente número 976-2001-AA/TC (Caso Eusebio Llanos Huasco), ha indicado en su fundamento décimo quinto, que: “...c) *Despido Fraudulento...Se produce el denominado despido fraudulento, cuando: Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y a la rectitud de las*

relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad,...; o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad...o mediante la “fabricación de pruebas”...”.

III. PAGO DE REMUNERACIONES Y BENEFICIOS SOCIALES DEVENGADOS (DEJADOS DE PERCIBIR) DURANTE EL PERÍODO DE DESPIDO

1. CONCEPTO DE REMUNERACIÓN Y BENEFICIOS SOCIALES

Toyama Miyagusuku, acerca de la remuneración, señala que: *“Consideramos que la remuneración es todo lo que percibe el trabajador por los servicios prestados sea en dinero o en especie. La remuneración comprende aquellos conceptos que representan una ventaja o beneficio patrimonial para el trabajador y su familia ya sea en bienes o servicios - sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega. No se considera remuneración aquellos conceptos que se encuentren excluidos legalmente o que, por definición, no ingrese dentro esta institución”* (Varios, 2013, pág. 732).

“En el caso de los contratos de trabajo, esta retribución recibe el nombre de remuneración y debe cumplir con los requisitos establecidos en la LPCL, el cual señala que constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 14).

El artículo 19 del Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-97-

TR, prescribe que: *“No se consideran remuneraciones computables las siguientes: a) Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente, a título de liberalidad del empleador o que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral. Se incluye en este concepto a la bonificación por cierre de pliego; b) Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa; c) El costo o valor de las condiciones de trabajo; d) La canasta de Navidad o similares; e) El valor del transporte, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convención colectiva, siempre que cumpla con los requisitos antes mencionados; f) La asignación o bonificación por educación, siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada; g) Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva; h) Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia; i) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador; j) La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de servicios, las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto de acuerdo a su ley correspondiente, o cuando se derive de mandato legal.”.*

Nuevamente Toyama Miyagusuku, (Varios, 2013), acerca del concepto de beneficios sociales, indica que: *“Enseguida, exponemos las posiciones que se han esgrimido tratando de delinear los alcances de la expresión beneficios sociales: 1.- Criterio restrictivo Solamente los conceptos que se encuentran detallados en la Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, aprobada por Decreto Legislativo N° 688 del 5 de noviembre de 1991. Los beneficios serían la compensación por tiempo de servicios (CTS), bonificación por tiempo de servicios y seguro de vida. Esta posición es sostenible por la referencia legal. Empero, excluye del concepto de beneficio social, por ejemplo, a la participación anual en las utilidades y demás beneficios sociales. 2. Criterio amplio Todo complemento y suplemento, con independencia del nombre o modalidad de entrega, o la fuente (convencional o legal), ingresa como beneficio social. En la práctica, muchas veces se alude a la liquidación de beneficios sociales en la cual se pueden incluir la CTS, las vacaciones y las remuneraciones mensuales. 3. Criterio diferenciado En este punto, se indica que la remuneración (normalmente ordinaria, fija y permanente) es diferente de los beneficios sociales (cobro extraordinario o periódico, que no es una remuneración). La Constitución y las normas laborales aluden a las remuneraciones y los beneficios sociales. Esta postura puede ser criticada porque hay beneficios sociales que no son remuneraciones (CTS), pero otras que sí lo son (la bonificación por tiempo de servicios). Pese a ello, en una oportunidad la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema indicó que el plazo de caducidad para demandar por hostilidad (CTS) era el mismo que el previsto para la hostilidad por remuneraciones. 4. Criterio excluyente En tanto que el Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (LCTS),..., indica que la CTS es un beneficio social de previsión de las contingencias del cese, este sería el único beneficio social propiamente dicho. Esta posición no puede ser sostenida, dado que el propio Decreto Legislativo N° 688 contiene, como otros beneficios sociales, al seguro de vida y la bonificación por tiempo de servicios. 5. Criterio Legal En esta*

posición, se indica que los beneficios sociales son aquellos cuyo origen es legal o heterónimo. En otras palabras, la expresión beneficio social es idéntica a los beneficios de origen legal... Desde nuestra perspectiva, los beneficios sociales son todos aquellos conceptos que perciben los trabajadores por o con ocasión del trabajo dependiente. No importa su origen...; el monto o la oportunidad de pago; la naturaleza remunerativa del beneficio; la relación de género-especie; la obligatoriedad o voluntariedad, etc. Lo relevante es que lo percibe el trabajador por su condición de tal” (pág. 734).

2. PAGO DE REMUNERACIONES COMO CONSECUENCIA DEL DESPIDO NULO

El artículo 40 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: “Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses”.

“Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal, no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la CTS y, de ser el caso, con sus intereses. El periodo dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador, excepto para el récord vacacional. El récord vacacional que quedó trunco con ocasión del despido, a elección del trabajador, se pagará por dozavos o se acumulará al

que preste con posterioridad a la reposición” (Valderrama Valderrama L. R., 2016, pág. 49).

3. LA ANALOGÍA REGULADA EN EL CÓDIGO CIVIL

El artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, prescribe: *“La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.*

4. PAGO DE REMUNERACIONES COMO CONSECUENCIA DEL DESPIDO INCAUSADO

Corrales y Acevedo (Corrales Melgarejo & Acevedo Zárate, 2016), señala: *“El trabajador repuesto en el trabajo por orden judicial con autoridad de cosa juzgada, ante el despido incausado, fraudulento o lesivo de derechos fundamentales, pedía el pago de los salarios caídos y el reintegro de los demás beneficios sociales, no percibidos durante el tiempo que estuvo despedido inconstitucionalmente, en la vía del proceso ordinario laboral, y en ese entonces, era pacífico en la jurisprudencia aplicar extensivamente al artículo 40 de la LPCL,...”* (pág. 38).

IV. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Rioja Bermúdez (Rioja Bermúdez, 2011), indica: *“Toda persona física o jurídica es susceptible de producir un daño a un tercero, ya sea por acción, omisión o negligencia. El daño puede conllevar consecuencias penales, cuando la acción, omisión o negligencia está tipificada como delito, consecuencias civiles cuando se entienda que no siendo delito, sea preciso reparar o reponer la situación anterior al daño o ambas. La responsabilidad civil basa su fundamento en los artículos 1.902, 1.903 y siguientes del Código Civil: El art. 1.902 de Código Civil establece: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a*

reparar el daño causado”. El art. 1.903 añade: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”.

Martorell (Martorell, 1994), en cuanto a la responsabilidad civil, indica: *“... opera como un instituto que entra en funcionamiento cada vez que se ha producido un hecho dañoso, otorgándole al damnificado las armas jurídicas para reclamar el resarcimiento del daño causado, dentro de las limitaciones que impone un sentido elemental de seguridad jurídica, y que normalmente se traducen en presupuestos de procedencia taxativamente establecidos por la normativa legal pertinente. Esta responsabilidad consiste, en general, en una penalización pecuniaria del acto dañoso..., impuesta sobre el patrimonio del causante del hecho generador del infortunio en beneficio del damnificado, o eventualmente, de sus causahabientes...”* (pág. 39).

2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Taboada Córdova (Taboada Córdova, 2003), en cuanto a los elementos de la responsabilidad civil, indica: *“Como es sabido, los requisitos comunes a la responsabilidad civil son la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. a) La antijuricidad Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico... b) El daño causado... Pues bien, en sentido amplio, se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión... c) La relación de causalidad En lo relativo a la relación de*

causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase... d) Factores de atribución... En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa, mientras que en el campo extracontractual, de acuerdo al código actual son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado. En el campo contractual la culpa se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo, mientras que en el lado extracontractual se habla únicamente de culpa y también de riesgo creado...” (pág. 32).

Martorell (Martorell, 1994), en cuanto a los elementos de la responsabilidad civil, señala que estos son: a) Incumplimiento contractual o acto ilícito, b) Imputabilidad del ilícito o del incumplimiento por culpa o dolo, c) Daño sufrido por el acreedor, y, d) Relación de causalidad existente entre la conducta del responsable, y el daño sufrido por el acreedor, realizando las siguientes apreciaciones sobre cada uno de ellos: “... en primer lugar, debe existir un acto o hecho jurídico que obre como sinalagma genético, como madre de la obligatoriedad resarcitoria. Vimos con anterioridad, que talo antecedente puede ser hallado en el incumplimiento de la palabra dada..., o en la violación del deber genérico de no dañar...” (pág. 48), “En segundo lugar, el ilícito o el incumplimiento contractual deben ser imputables al autor por su culpa o dolo...” (pág. 48), “El tercero elemento necesario para la procedencia de la “reparación”, es la existencia de un “daño” sufrido por el acreedor. En un sentido amplio, hay daño siempre que se lesiona un derecho subjetivo. En cambio, para que haya daño en un sentido estricto, “la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, cuyo menos-cabo genera- en determinadas circunstancias-una sanción”” (pág. 50), y, “Este razonamiento nos lleva al último elemento de nuestra ecuación: la relación de causalidad que debe existir entre la conducta del responsable y el acto

dañoso sufrido por el acreedor, para que éste pueda invocar la tutela legal” (pág. 51).

Quispe Montesinos (Quispe Montesinos, 2019), respecto a la **antijuricidad**, indica: *“En el caso de la denominada “antijuricidad”, en la Casación Laboral N° 4258-2016-Lima se ha señalado que esta se encuentra “constituida por aquellas conductas que implican una violación del ordenamiento jurídico a través de hechos ilícitos, hechos abusivos o hechos excesivos (...) En el Derecho Laboral la antijuricidad implica la violación del contrato de trabajo (verbal o escrito), el convenio colectivo de trabajo y los reglamentos del empleador (...)”. Sería, entonces, la inejecución de alguna obligación emanada de cualquiera de las fuentes del Derecho del Trabajo la que permitiría calificar el comportamiento como antijurídico y su potencialidad para configurar un daño” (pág. 18).*

Valderrama Valderrama (Valderrama Valderrama L. R., 2016), en relación al **daño**, señala: *“El daño: Es el detrimento que sufre la persona por el incumplimiento de una obligación imputable a la otra parte...” (pág.129).*

3. EL DAÑO MORAL

“Daño moral: tiende a compensar el sufrimiento originado por el hecho dañoso” (Corrales Melgarejo & Acevedo Zárate, 2016, pág. 42).

Valderrama Calderón (Valderrama Calderón, 2016) indica: *“Los daños morales son los que recaen en otros bienes jurídicos como son los elementos constitutivos de la personalidad; la vida, la honra, la salud, la libertad. Propiamente es el ataque, la lesión inferida a bienes inmateriales, afectivos, sentimentales muchas veces, jurídicamente protegidos. El daño moral consiste en un sufrimiento psíquico. Por otra parte, se dice que el daño o perjuicio moral es aquel que no atenta contra los intereses patrimoniales ni físicos de la persona y que, por el contrario, atenta contra*

los bienes no patrimoniales, tales como el buen nombre, la buena reputación y los sentimientos de afecto por ciertas personas” (pág. 61).

Osterling Parodi (Osterling Parodi, 2005), conceptúa al daño moral, señalando que: *“Para estos efectos, es preciso adoptar la noción de daño moral en sentido amplio, entendiéndolo como toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona” (pág. 15).*

Fernández Sessarego (Fernández Sessarego, 2005), precisa que: *“La tradicional concepción del daño “moral” se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación psíquica, desequilibrio emocional...” (pág. 187).*

“... Por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima... Sin embargo, la doctrina establece que para que se pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerad digno de la tutela legal...” (Taboada Córdova, 2003, pág. 64).

“Para comenzar, podríamos arriesgar una definición que estimamos acertada y que sostiene que daño moral es el producido por la “violación de uno o varios de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto de derecho”. Como vemos, de la sola lectura de los conceptos vertidos surge su extrapatrimonialidad, la que actúa como característica definitoria” (Martorell, 1994, pág. 67).

El artículo 1984 del Código Civil prescribe que: *“El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”*; lo que guarda concordancia con el artículo 1322 del mismo cuerpo normativo que indica: *“El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”*, y artículo 1331, que señala: *“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*.

El artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, indica que: *“...23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:...c) La existencia del daño alegado...”*.

Puntriano Rosas (Puntriano Rosas C. , 2016) menciona que: *“Se rompe las reglas de la carga probatoria previstas en nuestro ordenamiento procesal tanto laboral como civil. Una máxima del derecho probatorio aplicable a nuestro sistema consiste en que quien alega algún hecho debe acreditarlo...Sin embargo, la Corte Suprema en las Casaciones que avalan a la indemnización por daño moral ante un despido arbitrario señalan que el mismo se presume. Esto supone la ruptura de la regla probatoria contemplada en el Código Civil que indica que el daño debe acreditarse”*. (pág. 22).

“Sin embargo, recientemente, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral desarrollado el 13 y 14 de setiembre de 2018, en la ciudad de Chiclayo, entre los jueces superiores de las 34 cortes distritales del país, se acordó por mayoría que “en caso de despido incausado y fraudulento la indemnización por lucro cesante se debe equiparar a las remuneraciones dejadas de percibir”. En este mismo pleno, se convino en la presunción de la existencia del daño moral frente a estos tipos de despido. Es decir, los jueces de las cortes superiores han decidido que en los casos

de despido incausado y fraudulento corresponde que se otorguen remuneraciones devengadas bajo la denominación de “lucro cesante” (contrariamente a lo fijado por la Corte Suprema) y, a su vez, han optado por el fácil camino de presumir la existencia del daño moral, eludiendo mayor esfuerzo en fijar criterios para su acreditación” (Quispe Montesinos, 2019, pág. 24).

Corrales Melgarejo (Corrales Melgarejo, 2019) señala que: *“La presunción judicial del daño moral en los despidos incausados y fraudulentos tiene base doctrinaria, jurisprudencial y normativa, siempre que los jueces motiven debidamente esta operación inferencial practicada en el juicio probatorio de la sentencia a fin de fijar, interpretar y calificar jurídicamente los hechos”.* (pág. 142).

Vinatea Recoba y Toyama Miyagusuku (Vinatea Recoba & Toyama Miyagusuku, 2019), en cuanto a la acreditación del daño, señalan: *“He aquí también una importante precisión de la NLPT, pues expresamente establece que es la parte demandante quien debe acreditar la existencia del daño que alega y por el cual, evidentemente, solicita el pago de una indemnización en la vía laboral..., consecuentemente si la parte demandante alega que ha sufrido un daño que merece ser reparado por su empleadora en primer lugar debe acreditar necesariamente la existencia del alegado daño. No obstante ello, consideramos positiva la inclusión expresa de tal carga probatoria para la parte demandante, pues despeja toda duda respecto a su exigibilidad y, más aún, la dota de singular relevancia y, por tanto, de especial atención por parte del juez”* (pág. 164).

ANÁLISIS DEL PROBLEMA

I. PROBLEMA N° 1:

¿DESDE CUÁNDO DEBE COMPUTARSE EL PLAZO DE CADUCIDAD PARA INTERPONER REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO EN LOS CASOS EN LOS QUE ADMINISTRATIVAMENTE SE ORDENA LA REPOSICIÓN DEL TRABAJADOR?

Probablemente, plantear únicamente la interrogante ¿desde cuándo se inicia el cómputo del plazo de caducidad frente al despido?, resulta bastante simple al responderla, siendo esta: inicia en la fecha de despido.

Pero el problema del inicio del cómputo del plazo de caducidad, se presentó en una situación particular en el ámbito jurisdiccional, esto es, ¿desde cuándo debe computarse el plazo de caducidad para interponer la demanda de reposición por despido incausado en los casos en los que administrativamente se ordena la reposición del trabajador.

Para dar contexto a la pregunta planteada, corresponde señalar el contexto de la misma, que se origina en el hecho de que la empresa Pesquera Diamante S.A., presenta ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, solicitud de terminación colectiva de los contratos de trabajo de sus trabajadores, basando ésta en la causa objetiva por motivos económicos y estructurales.

Esta solicitud, siguió el trámite correspondiente, siendo desaprobada en última instancia mediante Resolución Directoral General N° 251-2017/MTPE/2/14 de fecha 23 de noviembre del 2017 (que se adjunta al presente); ordenando el pago de remuneraciones dejadas de percibir a los trabajadores durante el período de suspensión temporal perfecta de labores, y proceda a reponer en sus puestos de trabajo a los trabajadores que mantengan vínculo laboral vigente con dicha empresa.

A pesar de dicho mandato administrativo, la empresa no cumple con el mismo, requiriéndosele mediante carta notarial para la correspondiente reposición, siendo negada por la demandada; por lo cual los trabajadores proceden a demandar la reposición por despido incausado, como el caso del demandante en el expediente 00109-2018-0-2501-JR-LA-05; frente a lo cual, la demandada procede a deducir excepción de caducidad, que como ya se ha indicado en el marco teórico, corresponde interponer la demanda de reposición dentro de los 30 días hábiles posteriores al hecho del despido.

Entonces, de esta situación, a la pregunta planteada en el problema, se podría llegar a diferentes respuestas, como por ejemplo, señalar que el plazo de caducidad se inicia a computar desde la fecha del rechazo de la demandada a la solicitud de reponer a los trabajadores mediante carta notarial, o desde la fecha de emisión de la resolución administrativa que desapruueba la solicitud de terminación colectiva de los contratos de trabajo de sus trabajadores, basando ésta en la causa objetiva por motivos económicos y estructurales, o, desde la fecha de presentación de la referida solicitud.

Con el fin de dilucidar la controversia respecto a la fecha de inicio del plazo de caducidad, la Sala Laboral Permanente, mediante sentencia de vista contenida en la resolución número siete de fecha 14 de agosto del 2018, en el expediente número 00109-2018-0-2501-JR-LA-05, dicho órgano jurisdiccional, indicó lo siguiente:

OCTAVO: *Que, en cuanto a la excepción de caducidad; el artículo 36° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, prescribe: “El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho”; en dicho sentido, el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1999, realizado en la ciudad de Trujillo, en su Acuerdo N° 1, estableció:*

*“Para efectos de la suspensión del cómputo del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 36° del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo 728 -Ley de Productividad y Competitividad Laboral- aprobado por el Decreto Supremo N° 03-97-TR, se aplican íntegramente las disposiciones contenidas en el artículo 58° del Decreto Supremo N° 01-96-TR, en la medida que desarrolla el concepto de falta de funcionamiento del Poder Judicial previsto en el artículo 36° del T.U.O.”, el mismo que en su séptima considerativa deja indicado “es objetivo de los Plenos Jurisdiccionales concordar los criterios existentes para promover la seguridad jurídica que se expresa en resoluciones judiciales predecibles, ...”, y en cuya línea se expidió la Resolución Administrativa N° 05-99-SCS/CSJR de fecha 15 de setiembre de 1999 que resuelve declarar el carácter obligatorio a los Acuerdos adoptados por el indicado Pleno para los magistrados de primera y segunda instancia que conozcan materia laboral, de las Cortes Superiores de Justicia; siendo así, debe considerarse respecto al plazo de caducidad, como días hábiles. **NOVENO:** Que, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco - Huánuco, en su décimo quinto considerando señala: “De ahí que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: a) Despido nulo...; b) Despido incausado... Se produce el denominado despido incausado, cuando: Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique; y, c) Despido fraudulento...”; siendo así, y al haber solicitado la parte actora en el presente proceso reposición por despido incausado, resulta del caso la aplicación del*

plazo de caducidad de 30 días hábiles; tanto más, si dicho criterio ha sido considerado en el III Encuentro Jurisdiccional de Jueces sobre la Nueva Ley Procesal de Trabajo, realizado en la ciudad de Arequipa los días 05 y 06 de diciembre del 2013, al señalar que: “Las acciones por despido fraudulento, despido incausado deben caducar a los 30 días, conforme a lo previsto en el Artículo 36° de la Ley de Productividad”, que ha sido ratificado por el II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, celebrado los días 08 y 09 de mayo del 2014, que alude: “El plazo de caducidad para interponer una demanda de reposición por despido incausado o despido fraudulento es de treinta (30) días hábiles de producido el despido calificado como inconstitucional, de conformidad con el artículo 36 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR...”. **DÉCIMO:** Que, atendiendo a lo señalado precedentemente, se tiene que si bien el actor cesa el 16 de mayo del 2016, esto fue como consecuencia de la pretensión de la demandada ante la autoridad administrativa, estableciéndose mediante Resolución Directoral General N° 251-2017/MTPE/2/14 que la emplazada debe reponer al demandante en su puesto de trabajo, debiendo computarse el plazo de caducidad desde la notificación del mencionado acto administrativo; **por lo que, realizando el conteo respectivo, atendiendo a 30 días hábiles (desde la fecha de la mencionada Resolución Directoral General, 23 de noviembre del 2017, o su notificación, que la parte actora lo señala el 30 de noviembre del mismo año, no cuestionado por la emplazada), a la fecha de interposición de la demanda, 08 de enero del 2018, no ha transcurrido el plazo antes señalado;** debiendo por tanto confirmarse la venida en grado en el extremo que declara infundada la excepción de caducidad deducida por la demandada”.

Posteriormente, dicho órgano jurisdiccional, mediante sentencia de vista contenida en la resolución número seis de fecha 10 de setiembre del 2018, en el expediente número 01456-2018-0-2501-JR-LA-05, dicho órgano jurisdiccional, procede a señalar que:

“8. Sobre el procedimiento administrativo de cese colectivo -del cual se derivaría el despido incausado suigeneris y la subsecuente pretensión de reposición laboral del actor-, debe indicarse que el actor -en su demanda de reposición- manifiesta que ingresó a laborar para la empresa demandada Pesquera Diamante SA el 17.10.2003 y vino laborando en la Planta de Samanco; la empresa el 13.5.2016 inició el procedimiento de cese colectivo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo; el 18 del mismo mes y año, cesó colectivamente a los trabajadores de esa Planta, entre ellos al actor, con el se dio inicio a la suspensión perfecta de labores; si bien en el iter procedimental, la misma culminó con la Resolución Directoral General N° 251-2017/MTPE/2/14 de fecha 23.11.2017, por el cual se declaró fundada el recurso de apelación interpuesta contra la Resolución Directoral Regional de Segunda Instancia que había estimado la solicitud, y, reformándola, declaró infundada dicha solicitud, y, consecuentemente, ordenó que la demandada cumpla con reponer a su Centro de Labores a los trabajadores de la Lista de cesados por la demandada en el curso del procedimiento, les paguen sus remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo de cese -es decir de la fecha de cese a la fecha de reposición, y, entre ellos al actor-. 9. Una vez agotada la vía administrativa con esa decisión favorable para los trabajadores y desfavorable para la demandada, y, tal decisión agota la vía administrativa -desde el día siguiente a su notificación- tiene ejecutoriedad conforme a lo dispuesto en los artículos 16.1 y 201 del DS 006-2017-JUS -TUO de la Ley 27444-, y, asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del DS 013-2008-JUS -TUO de la Ley

27584-, a no se ser que medie una medida cautelar de suspensión en el proceso contencioso administrativo que si bien se ha instaurado de parte de la demandada, pero, su demanda cautelar de suspensión ha sido denegada -según versión en audiencia de las partes-. Por tanto, el vínculo laboral entre los trabajadores comprendidos en dicho procedimiento y la sociedad demandada, sigue vigente y ella tiene la obligación de dar cumplimiento a lo ordenado en la mencionada Resolución Administrativa que causó estado. Sin embargo, la demandada no cumplió con reponerlos dentro de los días subsiguientes a su notificación como establecen las disposiciones legales acotadas. Por lo que el actor promovió el proceso de ejecución -Expediente 044-2018-0-2501-JR-LA-6- demandando la ejecución de esa Resolución Directoral General -entre otros para que la demandada le reponga-; sin embargo, la demandada formuló oposición y el juzgado, por Resolución 7 N° de fecha 30.4.2018 , declaró nulo todo lo actuado e improcedente la demanda, entre otros, por carecer dicha Resolución de liquidez en su mandato -en suma, porque no tendría el carácter de mandamus-, y, la misma quedó consentida el 14.5.2018. 10. Sin embargo, el Sindicato, por carta de fecha 30.4.2018, intima a la demandada para que cumpla con reponer a la lista de trabajadores entre los que se encuentra el actor, pero, la demandada -por carta de fecha 2.5.2018- le comunica no poder reponer en su Centro de Trabajo por encontrarse en curso del proceso contencioso administrativo en el que impugna a la Resolución Directoral General tantas veces mencionado. Ante este incumplimiento de la demandada de reponer al actor, éste se da por despedido e incoa el presente proceso de reposición laboral en la Planta de Samanco o en otras Plantas Industriales que tiene la demandada en el Litoral. 11. Frente a ello, la demandada -entre otros- deduce la excepción de caducidad, señalando que, a la fecha de interposición de la demanda -el 18.5.2018- ha transcurrido el plazo de

caducidad de 30 días establecido en el artículo 36 del DS 003-97-TR - TUO de la LPCL- si se tiene en cuenta que debe computarse desde el 24.11.2017 en que fue notificado, así como también desde el enero del 2018 en que demandó su reincorporación en el proceso de ejecución. 12. En este extremo, la referida excepción de caducidad ha sido desestimada por la sentencia que viene en grado, entre otros, porque debe computarse el plazo de caducidad desde el día siguiente de la fecha de respuesta negativa a reponer de la demandada. Y, respondiendo a las alegaciones pertinentes de la demandada, debe indicarse: a) La vigencia del vínculo laboral durante el procedimiento de cese colectivo y con suspensión perfecta de labores, y, tras la desestimación de la solicitud de cese colectivo de la sociedad empleadora demandada, tiene como consecuencia jurídica fundamental que la demandada implemente el reinicio de labores en el Centro Laboral, reponga a los trabajadores cesados en dicho procedimiento y les pague sus remuneraciones dejadas de percibir en el lapso de cese laboral colectivo. Es decir, abre una etapa obligatoria para que la sociedad empleadora cumpla con esas obligaciones. Su incumplimiento configura un comportamiento antijurídico o ilícito, mientras que colateralmente, los trabajadores son titulares de los referidos derechos nacidos de la Ley como de la Resolución Directoral General. b) El computo del plazo de caducidad presupone -como premisa lógica fundamental- la preexistencia del despido, lo cual en el caso no acontece, pues, la relación jurídico laboral se encuentra vigente con suspensión perfecta que va prolongándose más allá de lo establecido en la Ley que es de 90 días conforme el artículo 15 de DS 003-97-TR -TUO LPCL-. ¿Entonces, cuándo se verifica el despido o el cese del vínculo laboral, y, desde cuándo se computa el plazo de caducidad?. c) Al respecto debe indicarse que la situación fáctica precedente no es lo mismo que un despido de hecho -cierra puertas- sin causa, o fraudulenta o nulo, pues, en estos supuestos se verifica

*un hecho fáctico constatable en la realidad con el cierre de puertas y la constatación de la autoridad competente. El caso que nos ocupa es sui generis y muy similar al despido indirecto en supuestos de hostilización laboral -artículos 35 y 30 último párrafo del DS 003-97-TR -TUO LPCL-. Esto es, el despido se considerará realizado en el momento temporal en que el trabajador opte por el despido luego de tener conocimiento de la comunicación negativa a reponer de la sociedad empleadora ante su requerimiento de cumplimiento en la Resolución Directoral General del que deriva su derecho a ser repuesto: Despido indirecto. d) ¿Y, por qué se justifica un despido indirecto en el supuesto que nos ocupa?. Porque, si bien no hay ley que la regula -como en los tipos de despido descritos precedentemente, incluido el despido indirecto en hostilización laboral, pero, el Tribunal Constitucional Peruano se ha pronunciado positivamente en las sentencias que el actor ha citado en su demanda. Esto es, el trabajador no puede ser echado a la resignación ante el cierre de sus posibilidades de tutela jurisdiccional efectiva de cara a obtener la reposición laboral por actos ilícitos de incumplimiento de la sociedad empleadora demandada y menos por estos hechos ilícitos propios la demandada puede sacar provecho tratando de hacer creer que el despido se produjo ante el hecho de su incumplimiento, tratando marcar él, cuándo, a su conveniencia se verifica el despido y desde allí debe computarse el plazo de caducidad. e) En el caso concreto, una vez expedida la Resolución Directoral General y notificada la misma, como es natural, el actor inicio el proceso de ejecución de dicha Resolución, pero, le resultó desfavorable y por cuestiones de falta de su carácter de mandamus. Con ello, en la práctica el actor ha quedado al aire con una victoria y un título irrisorio consagrado en esa Resolución Directoral General. f) **Sin perjuicio de ello, el Sindicato –formalmente- intima a la sociedad empleadora demandada a que reponga a la lista de***

trabajadores, entre los que se encuentra el actor, y ante su respuesta negativa de reponer, se da por despedido y entabla la presente acción de reposición a fin de ser repuesto en la Planta de Samanco o en otra Planta Industrial que tiene la demandada en el Litoral. g) Si bien el plazo de caducidad que establece el artículo 36 del D.S. N° 003-97-TR -TUO LPCL- es de 30 días naturales, pero el II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral año 2014, y otros pronunciamientos han establecido 30 días hábiles, **la misma que computada desde el día de la respuesta negativa a reponer -esto es desde el 3.5.2018- a la fecha de interposición de la demanda el 18 del mismo mes y año, no se ha vencido.** h) Mención aparte aclaratoria merece el pronunciamiento de esta Sala Superior en el primer caso con el Expediente N° 00109-2018-0-2501-JR-LA-05, en que son otras las circunstancias en que el trabajador Yacila demanda la reposición contra la misma sociedad demandada; en este caso, este trabajador no recurrió previamente a la ejecución de la Resolución Directoral General, sino ante un aproximado de cerca 30 días, desde la notificación de la referida Resolución, inmediatamente demandó la reposición, el cual motivó que la demandada dedujera la excepción de caducidad alegando que el plazo de 30 días naturales que establece el artículo 36 del DS 003-97-TR -TUO LPCL- había operado a la fecha de interposición de la demanda el 8.1.2018. En dicho proceso este Colegiado ha confirmado la desestimación de la referida excepción porque deben computarse 30 días hábiles que no habían transcurrido desde la notificación de la Resolución Directoral General que dio término al procedimiento administrativo. Este criterio aparentemente entra en contradicción con el criterio esbozado en el presente, pero, no hay tal contradicción si se tiene en cuenta que en un caso suigeneris como el presente hay una pluralidad de afectados que recurren a diversos abogados cuyos criterios de plantear la defensa no son coincidentes, y, del contexto de

la demanda planteada por el señor Yacila es claro que con la interposición de su demanda de reposición se da por despedido ante la no invitación a reponerlo de parte de la demandada, y, no puede dejarse de tutelar al trabajador si el supuesto es lo mismo: esto es, el incumplimiento de la demandada a sus obligaciones de reponer, y, menos se puede considerar la fecha que señala como partida para reputar el despido y por ende el cómputo del plazo de caducidad, pues, la fecha en que expresa o implícitamente se da por despedido el trabajador, y, lo contrario, sería conceder a la empleadora que saque provecho de su propio hecho ilícito, lo cual no tolera el ordenamiento jurídico. Por lo que debe confirmarse este extremo apelado”.

De ambos criterios citados precedentemente, se observa que inicialmente la Sala Laboral Permanente consideraba como inicio del cómputo del plazo de caducidad, la fecha de la Resolución Administrativa de última instancia; cambiando de criterio posteriormente, y concluyendo que la fecha de inicio de la caducidad es el de la negación a la solicitud de reposición realizada por el Sindicato Trabajadores de la empresa demandada.

Como ya se ha indicado, el artículo 36° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de forma expresa, indica que *el plazo para accionar judicialmente, entre otros, en el caso de despido arbitrario caduca a los treinta días naturales de producido el hecho.*

El ejercicio de la abogacía, y sobre todo en la especialidad laboral, permite conocer distintos casos en los que los trabajadores solicitan como pretensión principal, la reposición por despido o el pago de la indemnización por despido arbitrario, las que se sustenten en diferentes hechos, entre los cuales se encuentran los referidos al despido y circunstancias en el que se

suscitó. Esta serie de eventos que atentan contra el derecho constitucional al trabajo de los accionantes pueden ser clasificados en dos grupos:

a) Despidos Inconstitucionales Formales:

- ❖ Estos despidos son aquellos mediante los cuales la demandada procede a cesar al trabajador siguiendo el procedimiento establecido por ley, como, poner en conocimiento la carta de pre aviso o de despido sustentándolo en motivos fraudulentos (con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, de manera contraria a la verdad y a la rectitud de las relaciones laborales, o se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad), o, en los casos de trabajadores contratados a plazo fijo, entregar al trabajador el documento con el que culmina su contrato a pesar de que en la realidad ha adquirido protección constitucional contra el despido.
- ❖ Esta clase de despido inconstitucional, generalmente, usando la formalidad que la ley brinda ante un despido justificado, busca cubrir un cese arbitrario, lo que podría quedar desvirtuado en el fuero judicial.

b) Despidos Inconstitucionales de Hecho o de Hecho:

- ❖ Este tipo de despido se sustenta en la intención de la demandada de despedir al trabajador mediante conductas de hecho, es decir, no permitir que el demandante continúe laborando.
- ❖ El supuesto clásico de despidos de hecho o de hecho es el impedimento al demandante de ingresar a su centro de trabajo, el mismo que generalmente se concreta a través del personal de seguridad que custodia la entrada al local de trabajo.

Bajo dicho contexto, corresponde analizar en qué momento del caso de análisis, se dio verdaderamente el despido inconstitucional por parte de la demandada, procediendo a analizar los tres supuestos mencionados precedentemente:

a) Fecha de solicitud de terminación colectiva de los contratos de trabajo de sus trabajadores, basando ésta en la causa objetiva por motivos económicos y estructurales:

- ❖ El artículo 46 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: *“Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:...b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos...”*; agregando en su artículo 48 que: *“La extinción de los contratos de trabajo por las causas objetivas previstas en el inciso b) del Artículo 46, sólo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al diez (10) por ciento del total del personal de la empresa, y se sujeta al siguiente procedimiento: a) La empresa proporcionará al sindicato, o a falta de éste a los trabajadores, o sus representantes autorizados en caso de no existir aquel, la información pertinente indicando con precisión los motivos que invoca y la nómina de los trabajadores afectados. De este trámite dará cuenta a la Autoridad Administrativa de Trabajo para la apertura del respectivo expediente; b) La empresa con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal. Entre tales medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la*

modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las condiciones colectivas vigentes; y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa. El acuerdo que adopten tendrá fuerza vinculante; c) En forma simultánea o sucesiva, el empleador presentará ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, una declaración jurada de que se encuentra incurso en la causa objetiva invocada a la que acompañará una pericia de parte que acredite su procedencia, que deberá ser realizada por una empresa auditora, autorizada por la Contraloría General de la República. Asimismo, el empleador podrá solicitar la suspensión perfecta de labores durante el período que dure el procedimiento, solicitud que se considerará aprobada con la sola recepción de dicha comunicación, sin perjuicio de la verificación posterior a cargo de la Autoridad Inspectiva de Trabajo. La Autoridad Administrativa de Trabajo, pondrá en conocimiento del sindicato o a falta de éste, de los trabajadores o sus representantes, la pericia de parte, dentro de las cuarentiocho (48) horas de presentada; los trabajadores podrán presentar pericias adicionales hasta en los quince (15) días hábiles siguientes; d) Vencido dicho plazo, la Autoridad Administrativa de Trabajo, dentro de las 24 horas siguientes, convocará a reuniones de conciliación a los representantes de los trabajadores y del empleador, reuniones que deberán llevarse a cabo indefectiblemente dentro de los tres (3) días hábiles siguientes; e) Vencidos los plazos a los que se refiere el inciso precedente, la Autoridad Administrativa de Trabajo está obligada a dictar resolución dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, al término de los cuales se entenderá aprobada la solicitud si no existiera resolución; f) Contra la

resolución expresa o ficta, cabe recurso de apelación que debe interponerse en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles. El recurso deberá ser resuelto en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales sin que se haya expedido resolución, se tendrá confirmada la resolución recurrida”.

- ❖ De lo citado precedentemente, podemos observar que la solicitud de terminación colectiva se encuentra amparada por nuestra legislación, así como la suspensión de temporal de las labores; consecuentemente, no puede considerarse tal proceder (presentar la solicitud de terminación colectiva) como un despido inconstitucional.
- b) Fecha de la resolución que deniega la solicitud de terminación colectiva de los contratos de trabajo y ordena la reposición de estos a su centro de trabajo:
- ❖ Como ya se indicó en los párrafos precedentes, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, dispuso que la empresa Pesquera Diamante S.A. reponga en sus puestos de trabajo a los trabajadores suspendidos de sus labores, dango por agotada la vía administrativa a partir de la expedición de la resolución administrativa.
 - ❖ El artículo 16 del Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, vigente a la fecha de emisión de la resolución administrativa, señala: *“16.1 El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo. 16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto”.*

- ❖ El artículo 25 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, prescribe: *“La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario”*.
- ❖ De lo antes señalado, podemos concluir que el acto administrativo de última instancia y que da por agotada la vía administrativa debía cumplirse desde su notificación a las partes; por lo que, podría colegirse que habiendo tenido conocimiento la demandada de dicha disposición, su actitud renuente de no proceder con la reposición, podría considerarse como un despido inconstitucional de facto, atendiendo a la obligación legal de proceder con lo ordenado administrativamente.
- ❖ Esta postura es recogida también por el Juez del Octavo Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia del Santa, al señalar en la sentencia emitida en el expediente número 01461-2018-0-2501-JR-LA-08 que: *“... 1.3. **Excepción de caducidad:...**1.9. En el marco anterior, debe advertirse de la demanda que el demandante señala expresamente que con la respuesta de la empresa a la carta de su sindicato de fecha 30.04.2018, mediante la comunicación del **02.05.2018**, por la que manifiesta que no se podrá realizar la reposición en cumplimiento de la Resolución Administrativa N° 251-2017, en razón de que la misma se encuentra cuestionada ante el Poder Judicial; se configuró su despido incausado que reclama. Al respecto, debe hacerse notar que tal afirmación no resulta cierta, en el contexto de la Resolución Administrativa N° 251-2017, de folios 7 a 21, de la que se puede verificar que la misma fue emitida el 23.11.2017, que debe ser la fecha y oportunidad de notificación a las partes, y*

en cuya parte resolutive artículo segundo desapruueba la solicitud de terminación colectiva de los contratos de trabajo presentada por Pesquera Diamante; y además en el artículo tercero señala “(...); y proceda a reponer en sus puestos de trabajo a los trabajadores, detallados en la relación que obra de fojas treinta a treinta y uno del expediente, que mantengan vínculo laboral vigente con dicha empresa”, en cuya relación de folios 18 aparece el demandante con el número 29; notificación e incumplimiento por parte de la demandada de tal mandato, que es la manifestación concreta e inequívoca de parte de la demandada de no reponer al trabajador; y sin embargo, pese a conocer del referido mandato desde la notificación de tal resolución a su persona, el demandante recién con fecha 17.05.2018, interpone acción judicial para impugnar dicha decisión tácita de la empresa, argumentando que recién con la comunicación de fecha 02 de mayo del 2018, de folios 25, se ha manifestado la voluntad del empleador de despedirlo; cuando lo cierto es que, el comportamiento o manifestación de la empresa dirigida a no reponer al trabajador ya se había generado desde el día siguiente de la notificación de la Resolución Administrativa N° 251-2017-MTPE/2/14, máxime si el demandante incluso al haber interpuesto la demanda de ejecución de título de ejecución, expediente N° 31-2018, con la contradicción de parte de la demandada que le fuera notificada el día 13.03.2018(según consulta del SIJ), recibe la misma respuesta de la carta de folios 25; y sin embargo, continua dejando transcurrir el plazo de caducidad de los treinta días hábiles, que ya estaba vencido además; por consiguiente, si bien el vínculo laboral del actor se había restablecido con la resolución administrativa tantas veces mencionada (y no

originado como nuevo, como lo afirma el demandante), también lo es que, la misma establecía la orden inmediata de que los trabajadores sean repuestos o reincorporados a su puesto de trabajo desde el 23 o 24 de noviembre(en tanto, el demandante no ha negado tales fechas como la notificación de la misma tanto a la empresa como a su propia persona), sin que el accionante impugne o cuestiones la decisión tácita del empleador de no reponerlo, ya que el proceso de ejecución de título de ejecución no tiene tal naturaleza, razones por las que, procede estimar la caducidad propuesta por la excepcionante, ya que el derecho del demandante de impugnar su despido caducó antes de que lo ejercitara, pues, el “dies a quo” para el cómputo del plazo de treinta días empezó a correr el día 23 o 24 de noviembre del 2017, oportunidad desde que la demandada no lo repuso, acción que no impugnó en su momento, ya que la presente acción resulta totalmente extemporánea; pensar lo contrario sería de dejar en absoluta indefinición esa fecha y hacerla depender del interés de una de las partes, máxime si existía una orden administrativa concreta de que se reponga al demandante sin que haya sido cumplida, lo que configura la voluntad unilateral de la demandada de no reponer al trabajador, en tanto dicha conducta evidencia la intención y voluntad rescisoria, contra la que el demandante pudo reaccionar, máxime cuando conocía que la empresa ya había sido notificada también con la decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo, por lo que corresponde declarar fundada la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada”.

- c) Fecha en que se pone en conocimiento la carta de rechazo a la solicitud de reposición del Sindicato de Trabajadores, esto es, el 02 de mayo del 2018:

- ❖ Como ya se ha dejado indicado en los párrafos precedentes, la demandada tenía la obligación de reponer al demandante desde la fecha de notificación de la Resolución Directoral General N° 251-2017/MTPE/2/14 de fecha 23 de noviembre del 2017; en tal contexto, no puede pretenderse que a pesar de que ya existía dicha disposición, los efectos recién deban o quieran ejecutarse desde el requerimiento por escrito para la reposición de los trabajadores.
- ❖ Pensar en tal forma, abriría la puerta a los trabajadores para poder considerar, frente a los despidos de hecho, que el inicio del plazo de caducidad, recién se contabilizaría desde el requerimiento por escrito, lo que facultaría al trabajador a esperar el tiempo que quisiera para que presente su demanda de reposición.
- ❖ Debe considerarse que la norma es clara al señalar que corresponde interponer la demanda de reposición dentro de los 30 días hábiles posteriores al **hecho** del despido, y no desde el requerimiento formal para la reposición.

De todo lo desarrollado, ante el problema planteado, considero que en los casos de demanda de reposición por despido incausado como consecuencia de la solicitud de terminación colectiva de los contratos de trabajo de sus trabajadores, basando ésta en la causa objetiva por motivos económicos y estructurales, debe tenerse en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad, de ser el caso, la fecha de la resolución emitida por la última instancia administrativa que desapruueba dicha solicitud de terminación colectiva de contratos, o, la fecha de notificación de ésta (siendo esta última la primera a considerar).

II. PROBLEMA N° 2:

¿PROCEDE EL PAGO DE REMUNERACIONES Y BENEFICIOS SOCIALES DEVENGADOS COMO CONSECUENCIA DEL DESPIDO INCAUSADO?

Es evidente que como consecuencia del despido de un trabajador, siempre existirá un período no laborado, comprendido entre la fecha de cese, y de ser el caso, la fecha de reposición efectiva ordenada por la autoridad administrativa, o, la autoridad judicial como consecuencia de una demanda de reposición por cualesquiera de las causales existentes en nuestra legislatura o en la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional.

Dicho período no laborado como consecuencia de la conducta inconstitucional de la demandada trae perjuicio en el ámbito patrimonial del trabajador, toda vez que produce que éste deje de percibir normalmente sus remuneraciones y beneficios legales o convencionales; pudiendo, incluso también afectar su esfera extrapatrimonial.

Como consecuencia del indudable daño, el legislador ha establecido en el artículo 40 del Decreto Supremo N° 003-97-TR que al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el Juez de la causa ordenará a la emplazada el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo hasta la reposición efectiva del trabajador, así como los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses; empero, como ya se ha desarrollado en el marco teórico de la presente, existen otros tipos de despidos en los cuales cabe la reposición, como son el despido incausado y fraudulento.

En diferentes pronunciamientos de años pasados, los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, y en concreto los de la Corte Superior de Justicia del Santa, procedieron a otorgar el pago de remuneraciones y

beneficios sociales devengados como consecuencia de la reposición por despido incausado y fraudulento, como en el caso tramitado en el expediente 00499-2012-0-2501-JR-LA-03, así como en el 00087-2015-0-2501-JR-LA-01, y esto como consecuencia del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 2008, en cuyo Tema 1, se acordó por mayoría, que: *“Las remuneraciones dejadas de percibir con ocasión del despido de un trabajador repuesto mediante un proceso de amparo, pueden ser reclamadas en uno de pago de beneficios sociales y/o en un proceso de indemnización por daños y perjuicios. Estas pretensiones pueden demandarse en forma acumulativa o en procesos independientes”*.

Posteriormente, y con el paso del tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la República, empezó a cambiar su criterio, emitiendo la Casación Laboral N° 3776-2015-LA LIBERTAD de fecha 10 de agosto del 2016, mediante la cual se indicó que: *“...Décimo Segundo.- De lo expuesto en los considerandos precedentes, este Colegiado Supremo interpreta que el despido fraudulento y el despido nulo, son dos tipos de despido distintos uno del otro, por lo que los alcances del artículo 40° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se encuentra referida al pago de las remuneraciones devengadas en un supuesto único y excepcional como es el pago de períodos no laborados derivados de un despido nulo, en atención a la especial afectación sobre los derechos fundamentales producida por este tipo de despido; por lo que no resulta aplicable por interpretación extensiva ni por analogía a otros supuestos no previstos expresamente en la ley, en la medida que el despido fraudulento tiene como consecuencia únicamente la reposición. Décimo Tercero.- En ese contexto, la reposición real en el centro de trabajo satisface el derecho a prestar la fuerza de trabajo; sin embargo, no crea una ficción retroactiva de labores prestadas durante el período de ausencia, frente a la cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo; en consecuencia, no*

resulta aplicable por analogía el caso de la nulidad de despido, en tanto se trata de una norma excepcional, tal como lo establece el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. Décimo Cuarto.- Conforme a lo expuesto, no es posible equiparar los efectos reparadores e indemnizatorios derivados de un proceso de nulidad de despido en el que cabe pagar remuneraciones caídas, con la de un proceso por despido fraudulento, por tener distinta naturaleza, por lo que no es viable aplicar el artículo 40° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prevista para casos de despido nulo por causales establecidas en el artículo 29° del referido Decreto Supremo; máxime si durante el período de cese, no hubo una contraprestación efectiva de labores por parte del demandante frente a lo cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo, y de los beneficios sociales que se hubieran generado en el período demandado, puesto que la inviabilidad del cobro de remuneraciones y beneficios sociales devengados por un período no laborado, no implica que el derecho a la reposición al puesto de trabajo vía proceso ordinario laboral, no pueda ser reclamado vía una acción indemnizatoria ante la verosimilitud de la existencia de daños al impedirse el ejercicio de los derechos del trabajador, de acuerdo al Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral llevado a cabo los días cuatro y catorce de mayo de dos mil doce; por consiguiente, no corresponde el otorgamiento de remuneraciones devengadas para el caso de reposición por despido incausado o fraudulento; evidenciándose que el Colegiado Superior ha incurrido en infracción normativa del artículo 40° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR”.

EL referido criterio se reflejó en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional de fecha 19 de octubre del 2016, en cuyo Tema III, acordó por mayoría que: *“En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la*

indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral. La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas...".

En definitiva a nivel nacional, a pesar de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República, existen criterios divididos en relación a preferir el pago de la indemnización por daños y perjuicios frente a las remuneraciones y beneficios sociales devengados, o viceversa.

El artículo 27 de la Constitución Política del Perú, prescribe: "*La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*".

Como sabemos, todos los tipos de despido, atentan contra el derecho fundamental a trabajar libremente, limitando este derecho en su máxima expresión, un cese inconstitucional; en tal contexto, no podría considerarse únicamente al despido nulo como un cese que viola derechos fundamentales, sino también el despido incausado y fraudulento; debiendo incluso denominarse en general a todos estos despidos como arbitrarios, a la luz de lo establecido en la Constitución Política del Perú, que en el artículo citado engloba a todo cese inconstitucional dentro de la frase "despido arbitrario".

Atendiendo a lo señalado en el párrafo precedente, bajo la razón de que frente al despido nulo, que es violatorio de derechos fundamentales, corresponde el pago de remuneraciones y beneficios sociales, también corresponde el mismo pago frente a los despidos incausados y fraudulentos.

La opinión antes arribada, también es tomada en cuenta en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional de fecha 19 de octubre del 2016, en cuyo Tema III, como voto en minoría que: "*En los procesos de reposición por despido incausado y fraudulento el trabajador tiene derecho al pago de las remuneraciones devengadas y/o al pago de una*

indemnización por daños y perjuicios, pretensiones que pueden acumularse a la demanda de reposición”.

A fin de poder zanjar esta discrepancia de criterios, la norma sustantiva, debería permitir al acceso a la pretensión de pago de remuneraciones devengadas; pudiendo quedar redactada de la siguiente manera:

PROPUESTA DE MODIFICATORIA LEGISLATIVA: Artículo 40 del Decreto Supremo N° 003-97-TR:

“Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses. De ser el caso, y de así solicitarlo el trabajador, corresponde el pago de remuneraciones dejadas de percibir y depósitos de la compensación por tiempo de servicios, antes señaladas, también en los casos de reposición por despido incausado o fraudulentos”.

Cabe agregar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de enero de 2001 recaída precisamente en el caso del Tribunal Constitucional contra el Estado Peruano, y que resulta vinculante en aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado de 1993, señala en su fundamento 129 que la reparación del daño ocasionado requiere la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados, en virtud a lo cual en su fundamento 120 consagra el derecho de los magistrados afectados a ser resarcidos en sus salarios y prestaciones dejadas de percibir disponiendo en su fundamento 121 que el Estado (peruano) pague los

salarios caídos y demás derechos laborales que le correspondan durante el período que duró su indebida destitución (pérdida del empleo) y además compense todo otro daño que estos acrediten debidamente a consecuencia de las violaciones de las que fueron objeto aunque ya siguiendo los trámites nacionales pertinentes, concibiendo que el pago de los salarios caídos y demás beneficios laborales dejados de percibir forma parte del restablecimiento integral de la situación anterior.

III. PROBLEMA N° 3:

¿EL DAÑO MORAL COMO CONSECUENCIA DEL DESPIDO INCONSTITUCIONAL DEBE PRESUMIRSE O PROBARSE?

A nivel nacional se han emitido criterios respecto al daño moral y su acreditación; siendo dos los considerados en su mayoría.

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante CASACIÓN LABORAL N° 8912-2017 LIMA de fecha 03 de mayo del 2018, ha señalado que: “...*Décimo Quinto: Respecto al daño moral, se debe decir que atendiendo al hecho generador previsto en el considerando séptimo sobre la afectación a la salud de la actora, es evidente que se encuentra acreditado la afectación de su vida sentimental; no obstante, para fijar su monto debe ser bajo una valoración equitativa, de conformidad con el artículo 1332° del Código Civil. En consecuencia, resulta acorde a derecho modificar el monto fijado por la Sala Superior sobre el daño moral, debiendo quedar en la suma de setenta mil con 00/100 nuevos soles (S/70,000.00)*”.

Posteriormente, los Jueces Superiores de todo el Estado peruano, mediante el Pleno Jurisdiccional Laboral y Procesal Laboral realizado el 13 y 14 de setiembre del 2018 en la ciudad de Chiclayo, acordaron por mayoría, que: “*Si debe presumirse el daño moral, pues el sólo hecho de ser despedido sin justificación merma el estado emocional y psíquico del*

afectado, y en consecuencia corresponde aplicar para fijarse el quantum indemnizatorio el artículo 1332 del Código Civil".

De lo antes citado, se tiene que el criterio jurisdiccional a nivel nacional en su mayoría, considera que el daño moral como consecuencia del despido debe presumirse.

Empero, por otro lado, el artículo 1331 del Código Civil prescribe que la prueba de los daños y perjuicios corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; agregando el artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, indica que el demandante tiene la carga de la prueba de la existencia del daño alegado.

En tal contexto, se puede colegir que la presunción que alega el ámbito jurisdiccional en mayoría, no resulta aplicable al caso del daño moral, toda vez que existe norma expresa en relación a su probanza; debiendo exigirse ésta al momento de pretender mediante el derecho de acción, el daño moral como consecuencia del despido.

César Puntriano Rosas, en su artículo web "Presunción del daño moral en caso de despido, inexplicable retroceso", señala que: *"...El profesor Felipe Osterling sostuvo con lucidez en uno de sus trabajos que "el mero estado de inseguridad o el eventual fracaso del interés contractual, no justifica la reparación de un daño moral. La incertidumbre, molestias y demás padecimientos que soporte un contratante cumplidor frente al incumplidor, no son, como dicen algunos, entidad suficiente para considerarlos como daño moral. Así, se establece como principio general que en materia contractual el daño moral no se presume, y quien invoque dicho agravio debe probar los hechos y circunstancias que determinan su existencia". Añade que, "los jueces deberán en estos casos analizar en particular las circunstancias fácticas y así poder determinar si los hechos tienen "capacidad" suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas*

del accionante que reclama indemnización”. Entonces, es equivocado sostener que el daño moral se presume ante un despido, resultando contradictoria la remisión al artículo 1332 del Código Civil que establece la forma de fijar la reparación omitiendo el artículo 1331 que contempla la exigencia de la prueba de los daños. Finalmente, ¿cómo queda la decisión de la Corte Suprema en el V Pleno Jurisdiccional Supremo? ¿Qué ocurrirá cuando este tipo de casos llegue a la Corte Suprema? El Supremo Tribunal debería mantener su posición y desestimar el pago del daño moral si este no es probado, revocando las sentencias que dispongan lo contrario” (Puntriano Rosas C. , 2018).

CONCLUSIONES

- ❖ Considero que en los casos de demanda de reposición por despido incausado como consecuencia de la solicitud de terminación colectiva de los contratos de trabajo de sus trabajadores, basando ésta en la causa objetiva por motivos económicos y estructurales, debe tenerse en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad, de ser el caso, la fecha de la resolución emitida por la última instancia administrativa que desaprueba dicha solicitud de terminación colectiva de contratos, o, la fecha de notificación de ésta (siendo esta última la primera a considerar).

- ❖ También corresponde el pago de remuneraciones y beneficios sociales, frente a los despidos incausados y fraudulentos; atendiendo a su naturaleza inconstitucional, al atentar contra derechos fundamentales.

- ❖ Al existir norma expresa en relación a su probanza, debe exigirse ésta al momento de pretender el pago de indemnización por daño moral como consecuencia del despido.

RECOMENDACIONES

- ❖ Deben realizarse Encuentros o Plenos Jurisdiccionales, ya sean Distritales, Nacionales o Supremos, con la finalidad de analizar y establecer el criterio adecuado a tener en cuenta en los casos de cómputo del plazo de caducidad ante demandas de reposición por despido incausado como consecuencia de la solicitud de terminación colectiva de los contratos de trabajo de sus trabajadores, basando ésta en la causa objetiva por motivos económicos y estructurales.
- ❖ Debe darse una modificación legislativa a fin de poder regular los casos de pago de remuneraciones y beneficios sociales ante los despidos incausados y fraudulento; realizando la siguiente propuesta:

PROPUESTA DE MODIFICATORIA LEGISLATIVA: Artículo 40 del Decreto Supremo N° 003-97-TR:

*“Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses. **De ser el caso, y de así solicitarlo el trabajador, corresponde el pago de remuneraciones dejadas de percibir y depósitos de la compensación por tiempo de servicios, antes señaladas, también en los casos de reposición por despido incausado o fraudulentos**”.*

- ❖ Debe respetarse lo establecido en la Ley N° 29497, así como en el Código Civil, y exigirse la acreditación del daño moral a fin de que proceda el pago de la respectiva indemnización por dicho concepto; como así también se regula en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional de fecha 19 de octubre del 2016.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

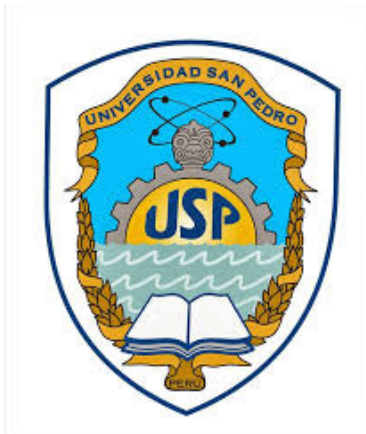
- ❖ Corrales Melgarejo, R. (2019). PRESUNCION DEL DAÑO MORAL EN LOS DESPIDOS INCONSTITUCIONALES. *Soluciones Laborales N° 133* , 252.
- ❖ Corrales Melgarejo, R., & Acevedo Zárate, R. (2016). DAÑO EMERGENTE AL PROYECTO DE VIDA Y LUCRO CESANTE EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR DESPIDO INCONSTITUCIONAL. *Soluciones Laborales N° 108* , 156.
- ❖ Cuba Velaochaga, L. (2017). *EL DESPIDO ARBITRARIO*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ❖ Fajardo Mori, M. (2016). EL DESPIDO DISCIPLINARIO . *Soluciones Laborales N° 100* , 178.
- ❖ Fernández Sessarego, C. (2005). DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE "DAÑO A LA PERSONA", "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" Y "DAÑO MORAL". *Responsabilidad Civil* , 359.
- ❖ Ferro Delgado, V. (2014). ESTADO ACTUAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ. *VI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL* , 1006.
- ❖ Gonzales Ramírez, L. Á. (2016). EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ANTE EL VENCIMIENTO DEL PLAZO: ¿VIOLACION DE LA ESTABILIDAD LABORAL? *Soluciones Laborales N° 100* , 178.
- ❖ Martorell, E. E. (1994). *Indemnización del Daño Moral por Despido*. Buenos Aires: Hammurabi.

- ❖ Mayor Sánchez, J. L. (2016). NUEVOS PROBLEMAS SOBRE EL PLAZO DE CADUCIDAD EN MATERIA DE DESPIDO. *Soluciones Laborales N° 100* , 178.
- ❖ Ocampo Cabanillas, f. E. (2016). REPASO AL TRATAMIENTO DEL DESPIDO ARBITRARIO E INCAUSADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Soluciones Laborales N° 100* , 178.
- ❖ Osterling Parodi, F. (2005). EL CÓDIGO CIVIL DE 1936 Y EL CÓDIGO CIVIL DE 1984. ANÁLISIS DE LA TRANSICIÓN EN RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES. *Responsabilidad Civil* , 359.
- ❖ Pastrana Espinal, F. (29 de Marzo de 2017). *Legis*. Recuperado el 25 de Febrero de 2019, de <https://legis.pe/la-verdadera-distincion-entre-prescripcion-y-caducidad/>
- ❖ Puntriano Rosas, C. (2016). CRÍTICA AL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL COMO CONSECUENCIA DE UN DESPIDO ARBITRARIO. *Soluciones Laborales N° 104* , 156.
- ❖ Puntriano Rosas, C. (28 de Setiembre de 2018). *La Ley*. Recuperado el 20 de Marzo de 2019, de <https://laley.pe/art/6272/presuncion-del-dano-moral-en-caso-de-despido-inexplicable-retroceso>
- ❖ Quispe Chávez, G., & Mesinas Moreno, F. (2009). *EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ❖ Quispe Montesinos, C. A. (2019). LA AÚN NO ARTICULADA NI UNIFORME JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS RELACIONES LABORALES. *Soluciones Laborales N° 134* , 251.

- ❖ Rioja Bermúdez, A. (05 de Mayo de 2011). *Blog.PUCP*. Recuperado el 04 de Marzo de 2019, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2011/05/05/que-es-la-responsabilidad-civil/>
- ❖ Sánchez Zapata, R. D. (2016). EL PLAZO PARA DEMANDAR LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO Y OTROS DESPIDOS. *Soluciones Laborales N° 106* , 155.
- ❖ Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- ❖ Valderrama Calderón, M. J. (2016). ¿EL DAÑO MORAL LABORAL SE TRAMITA EN LA VÍA CIVIL O LABORAL?(CAS.N° 699-2015-LIMA). *Soluciones Laborales N° 108* , 156.
- ❖ Valderrama Valderrama, L. R. (2016). JURISPRUDENCIA RELEVANTE. *Soluciones Laborales N° 103* , 160.
- ❖ Valderrama Valderrama, L., & Tarazona Pinedo, M. (2018). *RÉGIMEN LABORAL EXPLICADO 2019*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ❖ Varios. (2005). *CÓDIGO CIVIL COMENTADO POR LOS CIENTO MEJORES ESPECIALISTAS - TOMO X*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- ❖ Varios. (2013). *LA CONSTITUCION COMENTADA TOMO I*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ❖ Vidal Ramirez , F. (2002). *PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y CADUCIDAD* . Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ❖ Vinatea Recoba, L., & Toyama Miyagusuku, J. (2019). *Nueva Ley Procesal del Trabajo; Análisis y Comentarios*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA



CESE DE ACTOS DE HOSTILIDAD, INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO Y LOS SUPUESTOS LEGALES PARA SU PROCEDENCIA

Trabajo de Suficiencia Profesional

AUTOR

Pesantes Llontop, Fred Ling

ASESOR

Alva Galarreta, Mirko

CHIMBOTE – PERÚ

2019

TEMA :	HOSTILIDAD
ESPECIALIDAD :	LABORAL

THEME :	HOSTILITY
SPECIALLY :	WORK

DEDICATORIA:

El presente trabajo lo dedico en primer lugar a Dios, quien es el ser que me brindó y me brinda a diario, las oportunidades para poder lograr las metas y anhelos de mi corazón. Además, dedico este Informe a mi familia, en especial a mi abuela, América Ramírez, a mi madre, Isabel Llontop, a mis hermanos, a mis sobrinas, quienes son los motivos por los cuáles intento alcanzar cada vez mis metas. Por último, también dedico este trabajo de investigación, a aquellos amigos que con el paso de los años llegaron a convalidar más ese vínculo con mi persona, quienes siempre motivaron en mí, el deseo de la superación y de la perfección.

AGRADECIMIENTO:

Agradezco a todas aquellas personas que siempre me motivaron a seguir adelante en mis sueños, de forma concreta al Doctor Wilson Alejandro Chiu Pardo y a la Doctora Flor de María Guerrero Saavedra, quienes siempre cultivaron en mi persona, deseos por ser mejor profesional, no solamente de manera intelectual, sino también desde el aspecto moral. Por último, también agradezco a mis familiares que me apoyaron para llegar a esta etapa de mi vida, concretamente a mi madre, a mi abuela, a mi tía María Llontop, a mis hermanos y hermanas, y a un gran amigo, Eduardo Castillo, quien estuvo apoyándome en la redacción del presente informe.

ÍNDICE

Palabras Claves

Dedicatoria

Agradecimiento

Índice

Resumen	1
Descripción del problema	2
Marco Teórico	3
e. La caducidad de la acción en los casos de reposición por despido incausado	
f. Reposición por despido incausado	
g. Los Actos de Hostilidad	
Análisis del Problema	24
d. Problema N° 1: En el caso en concreto ¿No permitirle al trabajador compensar las horas de sobretiempo laboral que la misma institución estableció a su favor, constituye hostilización?	
e. Problema N° 2: ¿Solicitarle la emplazada al demandante, trámites o procedimientos no previstos para ejercer la labor docente, pese a que por más de nueve años ya se encontraba ejerciéndola constituye acto de hostilidad?	

- f. Problema N° 3: ¿El no otorgamiento de permisos establecidos en las normas pertinentes, ejerciendo abuso en su concesión como en el retiro de los mismos, constituye acto de hostilidad?

- g. Problema N° 4: ¿La calificación del desempeño laboral, contraria a la apreciación del trabajador, constituye acto de hostilidad?

- h. Problema N° 5: ¿Las órdenes dadas al demandante contravienen las funciones de su cargo y constituyen acto de hostilidad?

- i. Problema N° 6: ¿Los cambios en las vacaciones son conductas arbitrarias por parte de la empleadora y constituyen actos de hostilidad que afectan la dignidad del trabajador?

Conclusiones	34
Recomendaciones	35
Referencias Bibliográficas	36

RESUMEN

El presente Informe nace como consecuencia del caso tramitado en el expediente 01022-2014-0-2501-JR-LA-05.

El caso analizado en el expediente señalado, se refiere a la demanda de indemnización por despido indirecto, más intereses legales, costas y costos del proceso.

En este informe analizaremos las instituciones constitucionales, legales y jurisprudenciales referidas en el párrafo anterior y se realizarán comentarios que reflejarán la opinión del autor respecto a lo resuelto por el Juzgado Especializado y Sala Laboral correspondientes, estableciendo así al finalizar el informe las conclusiones del caso.

El desarrollo de lo señalado en los párrafos precedentes se realizará en base no solamente de la ley, sino a los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República, precisando que entre estas dos instituciones así como dentro de cada una de ellas sean emitidas decisiones dispersas las que se pasarán a señalar y analizar oportunamente.

DESCRIPCION DEL PROBLEMA

El presente Informe nace como consecuencia del caso tramitado en el expediente 01022-2014-0-2501-JR-LA-05.

El caso analizado en el expediente señalado, propone, concretamente, temas relacionados a los actos de hostilidad.

El analizar estas instituciones jurídicas resulta de mucha importancia del quehacer jurídico, ya que se abren muchas interrogantes respecto a cada una de ellas.

Todos estos temas así como las opiniones dispares sobre estos, se señalarán y analizarán en el presente trabajo, permitiendo a su autor presentar conclusiones y recomendaciones a fin de promover la seguridad jurídica y predictibilidad en las decisiones judiciales.

MARCO TEÓRICO

V. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EN LOS CASOS DE DEMANDA DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INDIRECTO (POR HOSTILIDAD)

1. LA CADUCIDAD

El artículo 2003 prescribe que: *“La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente”*.

Vidal(Varios, 2005) señala: *“El vocablo caducidad tiene su origen etimológico en las locuciones latinas caducus y cadere, cuyas acepciones son, entre otras, las de dejar de ser, desaparecer,..., la de terminar, extinguirse. El Diccionario de la Real Lengua le da,..., el significado de perder su fuerza una ley,..., y el de extinguirse un derecho...”* (pág.34).

“Como puede apreciarse, la norma precisa que la caducidad al extinguir el derecho, extingue también la acción que genera o , para mayor claridad, la pretensión que ha debido hacerse valer dentro del plazo prefijado por la ley”(Varios, 2005, pág. 35).

Pastrana Espinal (Pastrana Espinal, 2017), señala que: *“Es necesario tener presente que tanto la **prescripción** como la **caducidad** son instituciones de **derecho sustancial** que constituyen **mecanismos de extinción** de diversas situaciones jurídicas con el transcurso del tiempo. De este modo, más allá de su relevancia procesal como excepciones en el Código Procesal Civil, su lugar y su estudio corresponde al Derecho Civil, razón por la cual ambas instituciones jurídicas son debidamente reguladas en el Libro VIII del Código Civil de 1984, desde el artículo 1989^o hasta el artículo 2007^o. Esto último tiene especial repercusión en sede casatoria, pues al tratarse de normas jurídicas de **derecho material**, su interpretación errónea o inaplicación puede ser revisada a través del **recurso de casación**. Lo mismo que no ocurriría en caso que la Corte Suprema considerara que se*

trata de instituciones jurídicas de naturaleza procesal, que por su naturaleza no pueden ser objeto de análisis a través de dicho recurso”.

Vidal (Vidal Ramirez , 2002) indica: *“Conceptuada la caducidad como una causa de extinción de derechos subjetivos por el transcurso de tiempo y como efecto de su falta de ejercicio en el plazo en que debe ser ejercitado, es conveniente tomar en consideración lo que hemos dejado expuesto en la relación al ejercicio del derecho subjetivo (Supra N°13.5) y que una de las manifestaciones de tal ejercicio conduce a la acción. Desde la perspectiva de la delimitación conceptual que dejamos planteada, la caducidad extingue el derecho y, por ende, la acción de él deriva, pues se requiere que el derecho emerja con un plazo dentro del cual se debe hacer valer la pretensión que genera, precisamente, mediante la acción.”* (pág. 237).

2. PLAZO LEGAL

El artículo 36° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, prescribe: *“El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho”.*

El Pleno Jurisdiccional Laboral de 1999, realizado en la ciudad de Trujillo, en su Acuerdo N° 1, estableció: *“Para efectos de la suspensión del cómputo del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 36° del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo 728 -Ley de Productividad y Competitividad Laboral- aprobado por el Decreto Supremo N° 03-97-TR, se aplican íntegramente las disposiciones contenidas en el artículo 58° del Decreto Supremo N° 01-96-TR, en la medida que desarrolla el concepto de falta de funcionamiento del Poder Judicial previsto en el artículo 36° del T.U.O.”.*

Sánchez Zapata (Sánchez Zapata, 2016) indica que: *“Todo trabajador deberá formalizar su pedido de reconocimiento de indemnización, por el despido arbitrario sufrido, ante el aparato judicial respectivo... dentro de plazo de los (30) días... siguientes a la fecha en que se produjo el hecho, entendiéndose por hecho al despido arbitrario sufrido por el trabajador resaltando que este plazo impuesto por la norma es un plazo de caducidad mas no de prescripción...”*(pág. 58).

“El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta (30) días naturales de producido el hecho...” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 54).

VI. REPOSICIÓN POR DESPIDO INCAUSADO

1. EL DESPIDO

Fajardo Mori (Fajardo Mori, 2016) respecto al concepto de despido señala: *“El despido es una modalidad de extinción de la relación laboral que se sustenta en el poder de dirección que ostenta el operador, fruto del contrato de trabajo, y que, a su vez, debe estar relacionado con la capacidad del trabajador, su conducta o en las necesidades de funcionamiento de la empresa...”*(pág. 64).

“Alonso García define al despido como “el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual este decide poner fin a la relación de trabajo”; para Krotoschin: “El despido es la declaración (acto jurídico) unilateral de una de las partes, dirigida a la otra y recibido (no aceptada) por ésta, que tiene por objeto la terminación del contrato” (Ocampo Cabanillas, 2016, pág. 87).

Valderrama y Tarazona (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018) indican que: *“El despido puede ser definido,..., como aquel*

acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador, el cual, para su validez, debe ser comunicado por escrito, sustentarse en causa justa y seguir un procedimiento basado en la ley. Se debe anotar que el ordenamiento reconoce al despido efectos inmediatos, con lo cual se presume la validez del acto extintivo del empleador. Asimismo, podemos destacar que el despido tiene las siguientes características: Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del empleadores innecesaria e irrelevante. Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente. Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea reconocida por el trabajador, a quien está destinada. Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan ad futurum los efectos del contrato” (pág. 40).

Cuba Velaochaga(Cuba Velaochaga, 2017), señala: *“De las definiciones dadas podemos apreciar un elemento interesante que solamente ha sido señalado por Cabanellas y es el referido a que este tratadista no califica el despido como un simple “acto unilateral”, sino como un “derecho de empleador” que le otorga la potestad de resolver la relación contractual surgida con el trabajador como consecuencia de la celebración del contrato de trabajo de modo unilateral. Coincidimos con esta apreciación, porque si bien el despido es un derecho del empleador, tal como alude Cabanellas, el mismo no es un derecho absoluto, ya que posee limitaciones; sin embargo, dichas limitaciones no anulan su calidad de derecho” (pág. 60).*

Quispe Chávez y Mesinas Montero (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL, 2009) refiere que: *“Es un acto unilateral, pues la extinción se produce por la sola voluntad del empleador sin participación alguna del trabajador, pero siempre por las causas que la ley señale... Es un acto recepticio, pues su eficacia está relacionada con la efectiva comunicación del empleador al trabajador que va ser despedido...Es un acto*

constitutivo, pues el empleador no tiene que solicitar o proponer el despido a otra instancia, siendo él quien extingue la relación jurídica laboral. Es un acto extintivo, pues la relación laboral se extingue ad futurum por el acaecimiento de hechos posteriores a la celebración del contrato de trabajo” (pág. 10).

2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL FRENTE AL DESPIDO

El inciso 15) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú prescribe, que: *“Toda persona tiene derecho:... A trabajar libremente, con sujeción a ley”*; agregando que en su artículo 27 que: *“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 23, que: *“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”*.

“De estos tres conceptos podemos concluir y señalar que el elemento preponderante de la estabilidad laboral es el hecho de permanencia del trabajador en su puesto de trabajo, y que dicha permanencia queda garantizada a no ser que el trabajador incurra en alguna causal de despido predeterminada en la ley. En consecuencia, la estabilidad laboral otorga a la relación de trabajo un carácter de permanencia, en donde la disolución del vínculo depende de la voluntad del trabajador y solo de manera excepcional de la voluntad del empleador” (Cuba Velaochaga, 2017, pág. 71).

Elías Mantero (Varios, 2013) señala que: *“El trabajo es un instrumento para obtener la subsistencia y bienestar, tanto del trabajador como de su familia...; siendo que el trabajo es además una actividad inherente al ser humano, que recurre a sus esfuerzo generalmente como principal o único medio de subsistencia y satisfacción de sus necesidades...”(pág. 268).*

Neves Mujica(Varios, 2013) menciona que: *“Adecuada protección” es un modelo abierto. La Constitución ordena que exista una protección adecuada, pero remite al legislador la decisión de qué forma o formas pueden revestir esta. Las fuentes en las que deberemos indagar para identificar las reparaciones admisibles frente a la vulneración del derecho son la tradición normativa nacional y las normas internacionales... El legislador, pues, podría optar por un régimen de estabilidad laboral absoluta,..., por un régimen de estabilidad laboral relativa,..., o por uno mixto, con reposición para algunos casos e indemnización para otros. Este último es el que tenemos en el Perú, creado en parte por la ley y en parte por sentencias del Tribunal Constitucional...”* (pág. 757)

Ferro Delgado (Ferro Delgado, 2014) respecto a la estabilidad laboral indica: *“Ahora bien, el reconocimiento a la estabilidad laboral puede plasmarse en la legislación mediante distintas modalidades. En el derecho comparado prima la denominada estabilidad laboral relativa, conforme a la cual el despido sin justa causa es objeto de tutela resarcitoria..., mientras que la tutela restitutoria... se limita a casos en que medie el despido resulte lesivo de determinados derechos fundamentales, lo que nuestra legislación corresponde a supuestos de despido nulo. Desde este enfoque, entendemos justificada una reflexión sobre el modelo de estabilidad laboral recogido por la Constitución vigente a fin de contrastarlo con los criterios que sobre esta materia ha desarrollado el TC...”* (pág. 63).

Gonzales Ramírez (Gonzales Ramírez, 2016) refiere que: *“La seguridad y tranquilidad de los trabajadores respecto a su permanencia en el empleo se transforman en claros beneficios tanto para empresa como para el trabajador, ya que contribuyen a generar un adecuado ambiente de trabajo y, por ende, mayores posibilidades de alcanzar altos niveles de producción...”*(pág. 16).

Ocampo Cabanillas (Ocampo Cabanillas, 2016) refiere que: “*Nuestro ordenamiento jurídico laboral se inclina por preferir a la contratación a plazo indeterminada por sobre la contratación temporal, más allá de que esta última suponga ser la abanderada de las corrientes flexibilizadoras del Derecho del Trabajo,...*” (pág.86).

3. CLASIFICACIÓN LEGAL DEL DESPIDO Y SUS FORMAS DE PROTECCIÓN

E. DESPIDO JUSTIFICADO

“...*la LPCL permite que el despido individual se ampare en dos tipos de justificaciones, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico: CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO INDIVIDUAL Relacionada con la capacidad del trabajador Entre ellas tenemos: El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida. El rendimiento deficiente. La negativa injustificada para someterse a examen médico, o a cumplir con las medidas profilácticas o curativas para evitar enfermedades o accidentes. Relacionada con la conducta del trabajador Considera los siguientes supuestos La comisión de falta grave, según las causales previstas en la ley. La condena penal por delito doloso. La inhabilitación del trabajador. Corresponde indicar que el despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización*” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 41).

F. DESPIDO ARBITRARIO

El segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: “*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”.

“Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. Para la verificación del despido arbitrario, se puede recurrir a: La AAT, a solicitud de parte, la que prestará su concurso para verificar el despido arbitrario que se configure por la negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso del trabajador al centro de labores, lo que se hará constar en el acta correspondiente. La autoridad policial a fin de que se efectúe la referida constatación, en la que se deberá especificar la identidad y cargo de las personas que intervinieron en el acto, el lugar donde se realizó la diligencia y la manifestación de las partes. La remuneración que servirá de base para el pago de esta indemnización corresponde a la remuneración mensual percibida por el trabajador al momento del despido” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 45)

Por otro lado, el artículo 38° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala: *“La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.*

“El abono de la indemnización procede superado el período de prueba y su monto varía dependiendo de sí el contrato es a plazo indeterminado o sujeto a modalidad... La indemnización por despido arbitrario deberá abonarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de

producido el cese. De no ser así devengará intereses con la tasa legal laboral fijada por el Banco Central de Reserva. No procederá la acumulación de tiempo de servicios, en caso de reingreso, a efectos del pago de la indemnización por despido” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 46)

G. DESPIDO NULO

El artículo 29 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: *“Es nulo el despido que tenga por motivo:a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;d)La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”.*

“En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización que corresponde por despido arbitrario. Si el juez ordena la reposición, se aplican las siguientes pautas: El trabajador deberá ser reincorporado en el empleo,

sin afectar su categoría anterior. En la oportunidad en que se produzca la reposición del trabajador, las partes suscribirán un acta dejando constancia de tal hecho. En su defecto cualquiera de ellas podrá solicitar al juez de la causa que la reposición se efectúe con la intervención del secretario cursor. El empleador que no cumpla el mandato de reposición dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado, será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en 30% del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta la cabal ejecución del mandato. El importe de la multa no es deducible de la materia imponible afecta a impuesto a la renta” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 48).

H. DESPIDO INDIRECTO

Vargas Chavarría (Vargas Chavarría, 2002), indica que: *“Contrario al despido directo, en esta modalidad intervienen ambas partes de la relación laboral. En este caso, el patrono, de una u otra forma, realiza actos mediante los cuales procura la renuncia del trabajador, el cual se ve obligado a dar por terminado el contrato de trabajo debido a las actuaciones patronales” (pág. 13).*

El artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: *“Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador. c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del*

trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador. h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad. El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso. Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia.

“El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis (6) días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso. Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la Ley N° 27942. El trabajador que se considere hostilizado podrá optar excluyentemente por: Accionar para que cese la hostilidad: Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o, La terminación del contrato de trabajo: En cuyo caso demandará el pago de la indemnización por despido arbitrario, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle” (Valderrama Valderrama & Tarazona Pinedo, 2018, pág. 50).

4. CLASIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DESPIDO Y SUS FORMAS DE PROTECCIÓN

C. DESPIDO INCAUSADO

El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia emitida en el expediente número 976-2001-AA/TC (Caso Eusebio Llanos Huasco), ha señalado en su fundamento décimo quinto, que: “...b) *Despido incausado...Se produce el denominado despido incausado, cuando: Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique...*”.

D. DESPIDO FRAUDULENTO

El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia emitida en el expediente número 976-2001-AA/TC (Caso Eusebio Llanos Huasco), ha indicado en su fundamento décimo quinto, que: “...c) *Despido Fraudulento...Se produce el denominado despido fraudulento, cuando: Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y a la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad,...; o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad...o mediante la “fabricación de pruebas”...*”.

VII. LOS ACTOS DE HOSTILIDAD

1. CONCEPTO

Para Quispe Chávez (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL, 2009), ya citado, los actos de hostilidad, son: “...*situaciones patológicas que escapan a la razonabilidad y la necesidad del centro de trabajo. En esa línea, podemos definir a los actos de hostilidad como aquellos actos del empleador que exceden en sus facultades de dirección y que tienen como única*

finalidad (oculta) que el trabajador extinga la relación laboral y que necesariamente requieren ser controlados por los trabajadores a través de la tutela judicial, por ser actos carentes de razonabilidad” (pág. 85).

2. CLASIFICACIÓN LEGAL

El artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: “*Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador; b) La reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador. c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador. h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad...*”.

3. DESARROLLO DE LOS SUPUESTOS DE ACTOS DE HOSTILIDAD REGULADOS POR LA LEY

A. FALTA DE PAGO DE LA REMUNERACIÓN EN LA OPORTUNIDAD CORRESPONDIENTE, SALVO FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO COMPROBADOS

“Dado el carácter alimentario de la remuneración, se configura un acto de hostilidad cuando existe una omisión en el pago dentro un lapso de tiempo fuera de lo razonable que evita que el trabajador

pueda atender las necesidades de su subsistencia. La norma no exige que este retraso sea reiterado, por ello, el trabajador podrá invocar la hostilidad desde el primer retraso que se presente en el pago de su salario. En relación con este tema, la jurisprudencia ha señalado que el solo incumplimiento del pago de las remuneraciones en la oportunidad correspondiente no constituye acto de hostilidad si tal hecho se debe a razones de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente probados por el empleador. Debe entenderse por fuerza mayor o caso fortuito cuando el hecho invocado tienen carácter inevitable, imprevisible e irresistible y que haga imposible el pago de las remuneraciones” (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL, 2009, pág. 87)

B. REDUCCIÓN DE LA CATEGORÍA

“...Así, en este caso podemos señalar que la configuración de este acto hostil requiere dos requisitos: de un lado, la decisión unilateral del empleador de rebajar de categoría al trabajador, que sería un elemento extrínseco y que puede ser apreciado por todos. Al respecto, con el fin de configurar correctamente este acto de hostilidad debemos tener en cuenta la diferencia de los conceptos de categoría profesional y de puesto de trabajo. La categoría profesional se refiere a una posición o estatus determinado por la profesión, oficio, especialización o experiencia laboral del trabajador, el puesto de trabajo refiere a las funciones concretas que desempeña el trabajador en la empresa. En este sentido, no todo cambio de una categoría pueden comprenderse diversidad de funciones específicas y, por ende, diversos puestos de trabajo...La facultad de modificar las condiciones de trabajo será ilícita si ocasiona un agravio eventual o futuro al trabajador si la nueva ocupación perjudica de alguna forma su carrera o pudiera hacerle perder o afectará de alguna manera el dominio de su manualidad. De otro lado, y como segundo requisito, es necesario un

elemento intrínseco: que la rebaja no tenga una motivación objetiva o legal...” (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL, 2009, pág. 92).

C. REDUCCIÓN DE LA REMUNERACIÓN

“Respecto a la unilateralidad, está claro que hablamos de un acto en el cual no ha mediado acuerdo, simplemente el empleador decide reducir la remuneración, toda vez que este “no requiere de ningún tipo de aprobación (exceptuando los límites legales). Es decir, el empleador puede actuar unilateralmente, al tomar decisiones”. De otro lado, respecto a la inmotivación, el artículo 49 del reglamento de la LPCL señala que la hostilidad se presenta cuando la reducción de remuneraciones supone que no exista una motivación objetiva o legal. Esto quiere decir que “cuando exista una causal objetiva por iniciativa del empleador, no estaremos ante un acto de hostilidad (que otorga al trabajador la posibilidad de resolver el contrato de manera indemnizada) pero sí ante un incumplimiento injustificado de obligaciones laborales”...Asimismo, la retención o rebaja de la remuneración y beneficios sociales del trabajador estaría justificada cuando las normas legales lo permitan, como en el caso de las obligaciones alimentarias. “Para la remuneración, incluso hasta la mínima vital, es posible la reducción con la voluntad del trabajador y, para los beneficios sociales de origen legal, solamente en los casos donde las normas legales lo permitan”. Esta reducción inmotivada de remuneraciones se configura tanto si afecta la remuneración básica como las complementarias, o ambas, pues a efectos de la ley todos los conceptos que corresponden percibir al trabajador vienen a consolidarse en una cantidad global cuyo desmedro, sea cual fuere la parte de aquella que se afecte, imputable al empleador, constituye el acto de hostilidad previsto por la ley. Así la reducción de la comisión que venía percibiendo el trabajador, por haber sido transferido de

puesto configura el despido indirecto de este” (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL, 2009, pág. 90).

D. TRASLADO DEL TRABAJADOR A LUGAR DISTINTO DE AQUEL EN EL QUE PRESTE HABITUALMENTE SERVICIOS, CON EL PROPÓSITO DE OCASIONARLE PERJUICIO

“Cuando analizamos este acto de hostilidad necesariamente debemos referirnos a unas de las manifestaciones del poder de dirección: la movilidad geográfica, que básicamente implica la modificación de lugar de la prestación laboral; vale decir, el cambio del trabajador a un distinto centro de trabajo perteneciente al mismo empleador. En este caso, también estamos ante una manifestación del poder dirección, por el cual el empleador tiene la potestad de modificar el lugar donde el trabajador debe prestar sus labores si tiene razones que lo justifiquen, que básicamente son las necesidades de la empresa...Para que se configure como un supuesto de acto hostil por traslado de lugar, tipificado en el inciso c de la norma antes señalada, y que a la letra dice: “Son actos de hostilidad equiparables al despido (...) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio”, tienen que concurrir dos elementos: a) El elemento objetivo, que está constituido por el traslado físico del trabajador a un centro de trabajo localizado en un ámbito geográfico distinto. En ese sentido, en primer lugar, debe descartarse como un acto de hostilidad si el cambio de lugar del trabajador se da dentro del mismo centro de trabajo, o el cambio se da a otro centro de trabajo de la empresa que se encuentre dentro del mismo ámbito geográfico...b) El elemento subjetivo, que radica en el “deliberado propósito” del empleador de ocasionar con dicha decisión un perjuicio al trabajador, intencionalidad que debe ser probada por el trabajador... Así, le bastaría al empleador alegar

simples razones de conveniencia (menores costos, incentivos tributarios, facilidades portuarias, etc.) para justificar su decisión: “Bastará que se verifique una causal objetiva que origine el traslado o que, inclusive, el trabajador no logrará acreditar que el traslado pretende causarle un perjuicio para que la medida resulte válida” (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL, 2009, pág. 93).

E. INOBSERVANCIA DE MEDIDAS DE HIGIENE Y SEGURIDAD QUE PUEDA AFECTAR O PONER EN RIESGO LA VIDA Y LA SALUD DEL TRABAJADOR

“Dentro de las múltiples situaciones jurídicas que emanan de la relación laboral tenemos a los deberes de protección que están destinados a coadyuvar al cumplimiento exacto de la obligación. Se trata de deberes que gravan a las partes de la relación obligatoria que tienen el fin de conservar íntegra la esfera jurídica de estas, protegiéndolas frente a posibles invasiones lesivas que la existencia misma de la relación produce frecuentemente en razón del contacto social... El empresario tiene la obligación general de aportar un ambiente de trabajo físico y moralmente sano... Este deber no es otro que el de seguridad que apunta a la protección de la vida y salud del trabajador, procurándose un ambiente de trabajo que se encuentre exento de riesgos que puedan lesionar a este último... Sobre la configuración de este supuesto, debe precisarse que la seguridad o salud del trabajador resultan afectadas cuando se cierne sobre ellas un peligro grave e inminente, motivo por el cual no es necesario que se produzca un efecto dañino en cualquiera de esos aspectos para que el trabajador pueda estimar que se ha configurado su despido “indirecto”, que lo faculta para retirarse del centro de trabajo y demandar el pago de la indemnización que corresponde. De otro modo sería absurdo e inhumano que estuviera que accidentarse o enfermarse el trabajador

para que pudiera invocar una situación de despido indirecto” (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL, 2009, pág. 95).

F. ACTO DE VIOLENCIA O EL FALTAMIENTO GRAVE DE PALABRA EN AGRAVIO DEL TRABAJADOR O DE SU FAMILIA

“En este caso, todo acto de violencia o agresión contra el trabajador o de amenaza a su dignidad personal, per se, será reputado como un acto de hostilidad; ya que todo acto de violencia afecta la relación laboral, impidiendo su continuación, además, de ser un abuso de autoridad, pues la relación de trabajo, a diferencia de la esclavitud y la servidumbre, no comporta, en forma alguna, una sumisión personal y total al patrón. Por otra parte, el “faltamiento de palabra”, para configurar un acto de hostilidad, debe ser grave, es decir, debe lesionar seriamente la dignidad del trabajador o de su familia, ya sea por su propio contenido o por las circunstancias en que se produce el agravio. La amonestación verbal al trabajador como expresión concreta de su poder disciplinario no lo autoriza a emplear expresiones violentas y humillantes” (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL, 2009, pág. 97).

G. ACTOS DE DISCRIMINACIÓN

“..., la discriminación es un concepto autónomo que busca la sanción del trato desigual que afecta la dignidad humana de determinados grupos sociales segregados. Se trata de actos que tienen como base razones vedadas por la Constitución para ser decididos; y no se encuentran justificados por una razón objetiva para su aplicación. Este fenómeno se puede manifestar en el trabajo por diversos motivos, tales como sexo, raza, religión, opinión o idioma. A diferencia del supuesto de despido nulo en el que se materializa directamente la utilización del sexo, raza, religión, opinión o idioma como motivo para

extinguir la relación laboral, en este caso las conductas y actitudes de hostigamiento por los motivos de sexo raza, religión, opinión o idioma buscan hacerle insoportable al trabajador la continuación de dicha relación. Usualmente, la discriminación como móvil del acto de hostilidad suele manifestarse a través de remuneraciones, ascensos, promociones en las cuales se omiten a trabajadores por motivos vedados por la Constitución” (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL, 2009, pág. 97).

H. ACTOS CONTRA LA MORAL Y TODOS AQUELLOS QUE AFECTEN LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

“En el primer supuesto el empleador trata de obligar o inducir al trabajador a cometer un acto ilícito, contrario a las buenas costumbres o inmoral, o a participar de alguna manera en él, ya sea como coautor, cómplice o encubridor. En este caso,..., la orden del empleador no obliga al trabajador y su negativa a cumplirla no lo hace incurrir en una falta grave; antes bien, será el trabajador quien queda legalmente habilitado para terminar el contrato de trabajo y demandar el pago de la indemnización por despido “indirecto”. Como segundo supuesto, en este caso tenemos a todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador, y podría considerarse que opera como una cláusula de apertura, que no describe un hecho específico, susceptible de ser calificados como acto de hostilidad, sino que extiende dicha calificación a todos aquellos que tengan como efecto concreto lesionar la dignidad del trabajador. En ese sentido, consideramos que el inciso bajo comentario sirve para incluir supuestos que no se encuentran tipificados en los otros supuestos de hostilidad del artículo 30 de la LPCL si tenemos en cuenta que la dignidad de la persona supone que el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente tanto en la actualidad del Estado como en la de los

particulares. En ese sentido, por medio de este inciso podrían incluirse actos como las modificaciones que suponen una discriminación no prevista..., como actos de hostilidad” (Quispe Chávez & Mesinas Moreno, EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL, 2009, pág. 98).

4. CARGA DE LA PRUEBA

El artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, prescribe: “...23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:...b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido...”.

5. OPCIONES DEL TRABAJADOR FRENTE A LOS ACTOS DE HOSTILIDAD

El artículo 35 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: “*El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por: a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o, b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38 de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle”.*

6. TRÁMITE INTERNO FRENTE A LOS ACTOS DE HOSTILIDAD

El artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala que el trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un

plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Mediante escrito de demanda, el actor, Said Giuliano Trujillo Ripamontti interpone demanda contra la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, sobre pago de indemnización por despido indirecto, más intereses legales, costas y costos del proceso; señalando como fundamentos de su demanda que, desde el mes de agosto del 2013 su Jefe inmediato y la Jefe Zonal de Chimbote, inician de manera sistemática, encubierta y continuada actos de hostilización contra su persona, viéndose obligado a tomar acciones como la presente, dado que las conductas realizadas por sus Superiores han afectado su dignidad, al constituirse en “mobbing” dado que han perturbado, molestado y amenazado sus intereses personales y dignidad como persona, indicando de forma concreta que:

a) No se le ha permitido compensar las horas de sobretiempo laboral, que la misma institución estableció, no retribuidas, pese a constituir un derecho fundamental.

b) Solicitarle trámites o procedimientos no previstos para ejercer la labor docente, pese a que por más de nueve años ya se encontraba ejerciéndola y nunca le había solicitado en la forma que se estableció en el año 2013.

c) No permitirle hacer uso de los días feriados no laborables compensables establecidos en las normas para el sector público, ejerciendo abuso en su concesión como luego ya no conceder los mismos.

d) Dictar órdenes arbitrarias contraviniendo las funciones del cargo que ostentaba.

e) Establecer cambios vacacionales de manera deliberada y sin justificación objetiva.

f) Calificarlo con la nota más baja de toda la Oficina Zonal Chimbote, generándole perjuicio económico (no se le otorgó bono) e impidiéndole concursar a puestos directivos como a cursos de capacitación; dado que carecía de objeto continuar en la institución, pues no tenía futuro alguno.

g) Luego que efectuara imputaciones de actos de hostilidad y como corolario de todos los actos, lo cesaron del cargo de ejecutor coactivo, que considera rebaja de categoría, precisando que ello no ha sido materia de imputación en su Carta Notarial N° 123426, pero si en su notarial de conclusión de vínculo laboral.

Con fecha 05 de marzo del 2014 procedió a imputarle a su empleadora los actos de hostilidad de los cuales estaba siendo objeto (supuesto previsto en el inciso g) del artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR), actos que no fueron desvirtuados en el plazo otorgado; es así que, con fecha 25 de marzo del mismo año comunica su decisión de dar por terminada la relación laboral.

IV. PROBLEMA N° 1:

EN EL CASO EN CONCRETO ¿NO PERMITIRLE AL TRABAJADOR COMPENSAR LAS HORAS DE SOBRETIENTO LABORAL QUE LA MISMA INSTITUCIÓN ESTABLECIÓ A SU FAVOR, CONSTITUYE HOSTILIZACIÓN?

En cuanto al supuesto acto de hostilidad alegado por el demandante, es de advertir que, de los documentos presentados por éste, se le ha venido otorgando la compensación días por trabajo en sobretiento, siendo que respecto a la compensación solicitada por los días 04 y 05 de noviembre del 2013, derivados de la solicitud efectuada con fecha 31 de octubre del 2013, le fue denegada conforme al contenido de la documental de folios 20 en el que se indica: *“En tu correo enviado hoy Jueves señalas como sustento dolencias y problemas de Salud. Todos estos temas y procedimientos (solicitud de descanso por Salud) en estricto deben ser Autorizados única y exclusivamente con la presentación de un Certificado Médico o Descanso Médico otorgado por el médico tratante. En tal sentido no es posible atender su solicitud”*; en tal contexto, conforme se ha dejado indicado en el escrito de contestación de demanda, la emplazada alude que mediante Resolución de Intendencia Nacional de Recursos Humanos N° 167-2012-4F0000, que Aprueba el Procedimiento para Autorización y Compensación de la Labor excepcional de los trabajadores de la SUNAT, el otorgamiento de labor excepcional es voluntaria tanto en su otorgamiento como en su prestación, disponiendo que el Jefe inmediato de la conformidad a la solicitud siempre y cuando exista acuerdo entre el trabajador y éste, alegación que no ha sido negada por el demandante, es más, ante la alegación formulada por la parte demandada en la audiencia de juzgamiento de fecha 04 de diciembre del 2014 (ver minuto 22:58) de la existencia de dicho procedimiento, tampoco efectuó cuestionamiento alguno; de lo que se concluye corresponde a la entidad, de no existir acuerdo entre empleador y trabajador, tomar la decisión respecto a la procedencia o no de la compensación solicitada,

siendo que su negativa en modo alguno puede constituir acto de hostilidad como deja entrever el accionante, más si conforme ha quedado establecido en la mencionada diligencia (minuto 25:35) que la parte demandante, en relación a sus demás compañeros de trabajo, fue el que más días compensó.

V. PROBLEMA N° 2:

¿SOLICITARLE LA EMPLAZADA AL DEMANDANTE, TRÁMITES O PROCEDIMIENTOS NO PREVISTOS PARA EJERCER LA LABOR DOCENTE, PESE A QUE POR MÁS DE NUEVE AÑOS YA SE ENCONTRABA EJERCIÉNDOLA, CONSTITUYE ACTO DE HOSTILIDAD?

Conforme a los formatos presentados por el propio actor y que obran de folios 30 a 33, se deja indicado en su parte introductoria referido a “Nota” que “El presente formulario se utilizará para los siguientes casos:

- Comunicar labores de docencia (cursos de pre-grado, post-grado, diplomados, maestrías, cursos de especialización y similares), antes de su inicio.
- Solicitar autorización para realizar las actividades a que se refiere el inciso p) del Artículo 38° del RIT, con una anticipación no menor de 07 días del inicio de la actividad”;

Siendo que el inciso p) del referido articulado señala “*Contar con autorización expresa del Superintendente Nacional, Superintendente Nacional Adjunto de Tributos Internos, Superintendente Nacional Adjunto de Aduanas, Intendente Nacional, Intendente de Aduanas o Intendente Regional, según corresponda, para dictar conferencias, charlas, efectuar publicaciones o participar activamente en eventos, si los temas a tratar están relacionados con la Administración Tributaria y Aduanera o con la SUNAT*”; apreciándose además que según los formatos de folios 32 a 33 el actor ha

comunicado labores de docencia respecto a los cursos Derecho Tributario I y III, a llevarse a cabo en la Universidad San Pedro, siendo que respecto al Seminario Taller de Especialización: Cobranza Coactiva, a realizarse en el Jr. Carlos de Los Heros N° 157 de esta ciudad, si bien ha seguido el mismo procedimiento, la entidad le precisa, según correo electrónico de fecha 18 de setiembre del 2013 (ver folios 26), presentado por el propio accionante, tratándose de un seminario en el cual es expositor y organizado por Consultoría Ejecutiva de Negocios CEDENS, según imagen (ver folios 27), no ha solicitado autorización al no corresponder una comunicación; de lo que se aprecia que en relación a las labores de docente que alude, ha procedido a efectuar únicamente comunicaciones, como correspondía, las cuales por el sólo mérito de realizarlas en modo alguno pueden constituir actos de hostilidad, dado que no se le ha exigido la obtención de autorización para su dictado, menos se le ha impedido el mismo, desvirtuándose lo alegado en ese sentido, más si como el mismo demandante señala en su escrito de apelación no cuestiona el procedimiento o trámite que debió seguirse.

VI. PROBLEMA N° 3:

¿EL NO OTORGAMIENTO DE PERMISOS ESTABLECIDOS EN LAS NORMAS PERTINENTES, IMPLICA EJERCICIO DE ABUSO EN SU CONCESIÓN O RETIRO DE LOS MISMOS, Y CONSTITUYE ACTO DE HOSTILIDAD?

En principio, debe tenerse en cuenta que el demandante se desempeñaba como ejecutor coactivo, siendo que además, conforme al correo electrónico presentado por él a folios 40, la demandada le indica las razones por las cuales debía laborar los días 30 y 31 de diciembre del 2013; entre otros, 4 ausencias de colaboradores en cobranza coactiva: "*Melissa (Auxiliar Coactivo), Oscar Risco y Betsy Revoredo (Ejecutor Coactivo que apoya desde Trujillo a la OZ Chimbote) tienen una suspensión de 30 días, por otro lado Edgar Alcalde colaborador CAS-Verificador de Auxiliar Coactivo*

renunció al cargo puesto postuló al CAT de Oficiales de Aduanas, esta difícil situación hace que la operatividad en Cobranza esté en riesgo”, agregando que “Las 02 personas que señalas que laborarán el 31-Dic. Son colaboradores CAS que no podrían hacer mayor acciones relacionadas a recuperación de deuda es estos días, ellos realizan labores mayormente administrativas y/o de campo”, precisándose además “Por los días 30 y 31 Betsy tampoco estará, lo cual se complica aún más en tanto el Lunes 30 es feriado regional en La Libertad y no habrá labores, no habrá más colaboradores para apoyarnos, en ese sentido es necesario tu presencia ambos días para garantizar la operatividad de Cobranza Coactiva en esta Oficina Zonal”; esto es que, la emplazada si bien ha denegado su solicitud de licencia por ambos días, ha justificado la toma de dicha decisión sustentada en la falta de personal no solo de la que señala el actor y referida a doña Betsy Revoredo, sino además del otro Ejecutor Coactivo que apoya desde Trujillo, por feriado regional, así como del personal de apoyo, todo ello con el fin de garantizar la operatividad de la cobranza coactiva en esta Zonal, situación que no ha desvirtuado el demandante; consecuentemente, atendiendo a lo señalado, considero que el rechazo de las solicitudes de licencia, por si solas, y aún más con causas justificadas, no se consideran actos de hostilidad.

VII. PROBLEMA N° 4:

¿LA CALIFICACIÓN DEL DESEMPEÑO LABORAL, CONTRARIA A LA APRECIACIÓN DEL TRABAJADOR, CONSTITUYE ACTO DE HOSTILIDAD?

De lo expuesto por el accionante en su escrito de demanda, se aprecia que reconoce la calificación que se le ha otorgado al señalar no la discute, en todo caso, siendo que los resultados se encuentran en relación directa con la calificación, es un hecho inherente al cuestionamiento de los resultados que la calificación no han sido las correctas, que en el presente

caso no ha sucedido, que por lo demás, conforme lo ha reconocido el demandante en la audiencia de vista (ver minuto 26:46) ha impugnado dicha evaluación, no obstante lo cual ha sido desestimada por SERVIR, no apreciándose por el sólo hecho de la calificación en el sentido que se alude el acto de hostilidad demandado.

VIII. PROBLEMA N° 5:

¿LAS ÓRDENES DADAS AL DEMANDANTE CONTRAVIENEN LAS FUNCIONES DE SU CARGO Y CONSTITUYEN ACTO DE HOSTILIDAD?

De los medios probatorios presentados por el demandante, se aprecia que con fecha 20 de diciembre del 2013, remitió correo electrónico a la encargada de la Oficina Zonal de esta ciudad, doña Patricia Zarina Salazar Romero, solicitándole en su calidad de Presidente del Comité de Evaluación le indique: *“PRIMERO: Si debo proceder con la MCP sobre los montos correspondientes a solicitudes de devolución que “se encuentran programadas y en proceso de atención” por la Sección de Auditoría a pesar de haber vencido el plazo para devolución ordenado por el Tribunal Fiscal y a pesar de poder incurrir en un ilícito penal. SEGUNDO: Si debo proceder con la MCP sobre las embarcaciones (9 naves) y/o predios (8 a verificar) cuyo valor de los mismos garantizaría el total de la MCP solicitada”*; teniendo como respuesta, en la misma fecha y mediante la misma vía, según inserto de folios 64, lo siguiente: *“Proceder con la MCP sobre los montos correspondientes a solicitudes de devolución que se encuentran programadas y en proceso de atención por la Sección de Auditoría. Por otro lado en mi opinión no se incurre en un ilícito penal”*, respuesta que dio motivo para una nueva comunicación del actor a la indicada Salazar Romero, indicándole *“le solicito reconsiderar su instrucción y me permita trabar MCP sobre la embarcación pesquera “Don Guille” con matrícula CE19873M y otros predios”*, la misma que fue derivada por la indicada al Jefe de Sección de Control de Deuda y Cobranza, Martín Leonidas Alcalde

Villalobos, según documental de folios 67, quien mediante comunicación del día 23 de diciembre del 2013 le indica *“Esta Jefatura considera importante la adopción de la MCP con las acciones que de mejor manera garanticen cautelar los intereses de la Administración favor revisa la circular y toda la base legal para luego adoptar de manera inmediata los embargos que concreten la finalidad que persigue la sección de Control de deuda y Cobranza de esta Oficina Zonal. Luego de adoptadas las acciones (...) me remites un Informe que sustente cada embargo adoptado allí incluye la probabilidad de liquidez de cada medida una vez integrada la MCP”*; de lo expuesto, se aprecia que si bien, doña Patricia Zarina Salazar Romero, en su calidad de Encargada de la Oficina Zonal Chimbote, le indicara al actor ejecute una MCP (Medida Cautelar Previa) respecto al contribuyente Orosco Castro José Rosario, existiendo discrepancias respecto a la modalidad en la afectación, esto es, sobre montos correspondientes a solicitudes de devolución que se encuentran programadas y en proceso de atención por la Sección de Auditoría, o sobre embarcaciones y/o predios cuyo valor garantizaría el total de la MCP, conforme fluye de la documental de folios 64, referida al contenido del correo de la referida encargada zonal, se alude a una opinión, que por su contexto no es impositiva, situación que así también se aprecia del correo de folios 68, remitido al actor por don Martín Leonidas Alcalde Villalobos, en el que se indica adopte la MCP **con las acciones que de mejor manera garanticen cautelar los intereses de la administración**, dejando a la decisión del accionante, en su calidad de ejecutor coactivo, la forma en que se adopte la referida MCP, ello en concordancia con el contenido de la Circular N° 022-2008-SUNAT de folios 46 a 52, en cuyo cuarto párrafo del punto 6.8.1 “Por parte del Área de Cobranza Coactiva” (dentro del ítem 6.8 Acciones a seguir luego de recibida la solicitud para trabar MCP), que señala *“..., teniendo en cuenta dichos antecedentes el Ejecutor Coactivo **evaluará** la conveniencia de trabar las MCP, de optar por no trabarlas informará al Jefe de su área, quien derivará dicho informe, ..., indicando las medidas vigentes dentro del procedimiento coactivo, el*

*resultado de las mismas, bienes que afecta o la inexistencia de ellos”, agregando en su sexto párrafo “se deberá trabar las MCP que sea posible efectuar, procurando que cubran el monto requerido para garantizar la deuda”, estableciéndose además en su punto 6.8.2. respecto a “Tipos de Acciones” que “El Ejecutor Coactivo **podrá** trabar MCP, hasta que considere que el monto de la deuda esté garantizado, teniendo en cuenta lo siguiente: ...”;* esto es que, la decisión final compete y atañe al referido Ejecutor Coactivo, quien no sólo evalúa la conveniencia de trabar MCP, sino además las que sea posible efectuar, teniendo en cuenta las consideraciones que se establecen en el punto 6.8.2 de la referida Circular; siendo así, no se aprecia la existencia de acto de hostilidad, referida a orden arbitraria, pues como se ha indicado la decisión final corresponde al Ejecutor Coactivo, en este caso al actor, que la tomó respecto a MCP sobre bienes inmuebles, como era su facultad.

IX. PROBLEMA N° 6:

¿LOS CAMBIOS EN LAS VACACIONES SON CONDUCTAS ARBITRARIAS POR PARTE DE LA EMPLEADORA Y CONSTITUYEN ACTOS DE HOSTILIDAD QUE AFECTAN LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR?

Conforme al artículo 14 del Decreto Legislativo N° 713: *“La oportunidad del descanso vacacional será fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador, teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de la empresa y los intereses propios del trabajador. **A Falta de acuerdo decidirá el empleador en uso de su facultad directriz**”;* en dicho contexto, si bien en la sentencia de primera instancia se señala que no se ha logrado probar que el actor haya dado su consentimiento para la modificación de sus vacaciones, debe tenerse en cuenta que, conforme a la documental remitido por don Martín Leonidas Alcalde Villalobos al trabajador de fecha 26 de diciembre del 2013, se señala *“... me indicaste que en tu*

caso no tenías problema en cambiar tus fechas, ante lo cual te solicité me pases tu nueva programación de vacaciones, ello inclusive te reiteré en más de una oportunidad sin recibir respuesta; ante ello y teniendo además el problema que la Sra. Betsy Revoredo Martínez no estará por un lapso de 30 días calendario, me he visto en la necesidad de cambiar tus vacaciones y comunicarte por escrito”, agregando seguidamente “Es necesario mencionar que me manifestaste personalmente tu deseo de vender el período vacacional de Enero, pero en tanto verifiqué que tampoco habías formalizado en el SIRH el registro de ventas de vacaciones y estando muy próximo al inicio formal de éstas he estimado conveniente cambiar la fecha de tus vacaciones a fin de **garantizar la operatividad de la sección**; considero oportuno mencionarte en todo caso que si finalmente es tu deseo vender el período de estos 15 días, el cambio que registré en el SIRH no afectaría en nada a tus necesidades de venderlas para recibir la contraprestación del beneficio económico”; esto es que, si bien luego de haber acordado las partes que el período vacacional del actor sería del 02 al 16 de enero del 2014, la demandada procede unilateralmente a su cambio, en principio, estableciendo una justificación, no siendo ésta cuestionada formalmente por el accionante, por el contrario, según documental de folios 258, en la misma fecha que se le comunica el cambio de fecha de sus vacaciones (26 de diciembre del 2013), procede a su venta, conforme se indica en el rubro de su solicitud con el título “Venta – Acuerdo Reducc. Vacac. con compensación económica N° 2013-945647”, la misma que fue aprobada en la misma fecha por la Jefe Zonal (e) Patricia Zarina Salazar Romero, dando así conformidad a la decisión de su empleadora; por lo que, no puede pretenderse, luego de la actitud asumida por el demandante, de vender sus vacaciones, cuestionar su cambio como acto de hostilidad, pues su propio accionar denota que aceptó dicha modificación, pago vacacional que además se indica se realizará conjuntamente con la planilla de haberes del mes de enero – 2014, que tampoco fue cuestionado; consecuentemente,

la conducta asumida por la empleadora en relación a las vacaciones, no se encuadra como un acto de hostilidad.

CONCLUSIONES

- ❖ Todos los actos de hostilidad establecidos en la ley se sustentan en un principio, el respecto a la dignidad del trabajador en su condición de persona, sujeto de deberes, pero también de derechos.
- ❖ La violación a la dignidad resulta ser un cajón de sastre a fin de establecer muchos supuestos adicionales a los expresados taxativamente en la norma; empero, muchas veces también puede ser un mecanismo extremo de represión al empleador, toda vez que la palabra dignidad es un término muy subjetivo.
- ❖ Toda conducta en la que el trabajador se sienta incómodo no constituye un acto de hostilidad, ya que algunas se sustentan en dispositivos legales, que por más que el trabajador no las haga suya, deben respetarse, atendiendo a la obligatoriedad de la norma.
- ❖ También debe precisarse que los actos de hostilidad, a fin de ser considerados como tal por el demandante, deben ser puestos en conocimiento de la empresa, dando el plazo de ley a fin de que ésta subsane su conducta; y de ser el caso, el trabajador quiera darse por despedido, deberá comunicar tal decisión a la empresa, y no presumir su cese; todas vez que debe respetarse el procedimiento a fin de poder recurrir al órgano jurisdiccional y pueda solicitar la indemnización por despido indirecto.
- ❖ Por último, debe recordarse que es el trabajador quien debe acreditar el acto de hostilidad, es decir, que la conducta de la empresa empleadora se encuadre en los supuestos establecidos en el artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

RECOMENDACIONES

- ❖ Deben realizarse Encuentros o Plenos Jurisdiccionales, ya sean Distritales, Nacionales o Supremos, con la finalidad de analizar y establecer el criterio adecuado a tener en cuenta en los casos de actos de hostilidad.
- ❖ Debe darse una modificación legislativa a fin de poder regular los casos de actos de hostilidad, es decir, proceder con su actualización en el aspecto social o tecnológico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ❖ Corrales Melgarejo, R. (2019). PRESUNCION DEL DAÑO MORAL EN LOS DESPIDOS INCONSTITUCIONALES. *Soluciones Laborales N° 133* , 252.
- ❖ Corrales Melgarejo, R., & Acevedo Zárate, R. (2016). DAÑO EMERGENTE AL PROYECTO DE VIDA Y LUCRO CESANTE EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR DESPIDO INCONSTITUCIONAL. *Soluciones Laborales N° 108* , 156.
- ❖ Cuba Velaochaga, L. (2017). *EL DESPIDO ARBITRARIO*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ❖ Fajardo Mori, M. (2016). EL DESPIDO DISCIPLINARIO . *Soluciones Laborales N° 100* , 178.
- ❖ Fernández Sessarego, C. (2005). DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE "DAÑO A LA PERSONA", "DAÑO AL PROYECTO DE VIDA" Y "DAÑO MORAL". *Responsabilidad Civil* , 359.
- ❖ Ferro Delgado, V. (2014). ESTADO ACTUAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ. *VI CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL* , 1006.
- ❖ Gonzales Ramírez, L. Á. (2016). EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ANTE EL VENCIMIENTO DEL PLAZO: ¿VIOLACION DE LA ESTABILIDAD LABORAL? *Soluciones Laborales N° 100* , 178.
- ❖ Martorell, E. E. (1994). *Indemnización del Daño Moral por Despido*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ❖ Mayor Sánchez, J. L. (2016). NUEVOS PROBLEMAS SOBRE EL PLAZO DE CADUCIDAD EN MATERIA DE DESPIDO. *Soluciones Laborales N° 100* , 178.
- ❖ Ocampo Cabanillas, f. E. (2016). REPASO AL TRATAMIENTO DEL DESPIDO ARBITRARIO E INCAUSADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Soluciones Laborales N° 100* , 178.

- ❖ Osterling Parodi, F. (2005). EL CÓDIGO CIVIL DE 1936 Y EL CÓDIGO CIVIL DE 1984. ANÁLISIS DE LA TRANSICIÓN EN RESPONSABILIDAD POR INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES. *Responsabilidad Civil* , 359.
- ❖ Pastrana Espinal, F. (29 de Marzo de 2017). *Legis*. Recuperado el 25 de Febrero de 2019, de <https://legis.pe/la-verdadera-distincion-entre-prescripcion-y-caducidad/>
- ❖ Puntriano Rosas, C. (2016). CRÍTICA AL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL COMO CONSECUENCIA DE UN DESPIDO ARBITRARIO. *Soluciones Laborales N° 104* , 156.
- ❖ Quispe Chávez, G., & Mesinas Moreno, F. (2009). *EL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ❖ Quispe Montesinos, C. A. (2019). LA AÚN NO ARTICULADA NI UNIFORME JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS RELACIONES LABORALES. *Soluciones Laborales N° 134* , 251.
- ❖ Rioja Bermúdez, A. (05 de Mayo de 2011). *Blog.PUCP*. Recuperado el 04 de Marzo de 2019, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2011/05/05/que-es-la-responsabilidad-civil/>
- ❖ Sánchez Zapata, R. D. (2016). EL PLAZO PARA DEMANDAR LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO Y OTROS DESPIDOS. *Soluciones Laborales N° 106* , 155.
- ❖ Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- ❖ Valderrama Calderón, M. J. (2016). ¿EL DAÑO MORAL LABORAL SE TRAMITA EN LA VÍA CIVIL O LABORAL?(CAS.N° 699-2015-LIMA). *Soluciones Laborales N° 108* , 156.
- ❖ Valderrama Valderrama, L. R. (2016). JURISPRUDENCIA RELEVANTE. *Soluciones Laborales N° 103* , 160.
- ❖ Valderrama Valderrama, L., & Tarazona Pinedo, M. (2018). *RÉGIMEN LABORAL EXPLICADO 2019*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

- ❖ Vargas Chavarría, E. (2002). *EL DESPIDO*. San José - Costa Rica: Investigaciones Jurídicas S.A.
- ❖ Varios. (2005). *CÓDIGO CIVIL COMENTADO POR LOS CIEN MEJORES ESPECIALISTAS - TOMO X*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- ❖ Varios. (2013). *LA CONSTITUCION COMENTADA TOMO I*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ❖ Vidal Ramirez , F. (2002). *PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y CADUCIDAD* . Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ❖ Vinatea Recoba, L., & Toyama Miyagusuku, J. (2019). *Nueva Ley Procesal del Trabajo; Análisis y Comentarios*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.