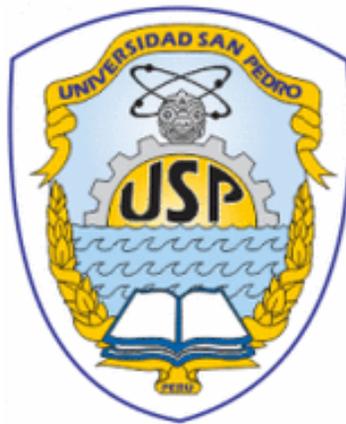


UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA DE DERECHO
PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



TÍTULO

Despido Arbitrario

Trabajo de Suficiencia para Optar el Título Profesional de Abogado

Autor:

Bach. Jesús Ernesto, Miranda León

Asesor:

Mg. Javier Clemente, Cabanillas Sulca

Huacho - Perú

2019

PALABRAS CLAVES: Despido, Despido Arbitrario y Despido Incausado

Tema	Despido Arbitrario
Especialidad	Derecho Laboral

Keywords:

Text	Arbitrary dismissal
Specialty	Labor Law

Línea de Investigación: Derecho (Laboral)

DEDICATORIA

A mis padres por su apoyo material y espiritual, motivándome a conseguir mis sueños y enrumbarme por este pedregoso camino de la ciencia del Derecho.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, amigas (os) y a toda las personas que contribuyeron ya sea facilitándome la información requerida o dándome sus puntos de vistas desde su experiencia profesional, a todos ellos mi agradecimiento. Me enseñaron que en gran medida el éxito depende la confluencia de dos condiciones subjetivas y materiales, las subjetivas dependen de uno mismo (mi voluntad, esfuerzo, dedicación) y las otras depende de los azares caprichosos de la vid

ÍNDICE GENERAL

CARATULA	
PALABRAS CLAVES: Despido, Despido Arbitrario y Despido Incausado	i
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ÍNDICE GENERAL.....	1
RESUMEN	2
CAPÍTULO I: DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	3
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	5
2.1. Antecedentes del despido arbitrario en estricto sensu	5
2.2. Etimología.....	8
2.3. Concepto	9
2.4. Características.....	11
2.5. Clases de despido.....	17
2.6. Protección Constitucional del despido arbitrario	28
2.7. Efectos de la protección constitucional del despido arbitrario	32
2.7.1. Sobre el pago de remuneraciones y otros derechos devengados	37
2.8. Procedimiento para el despido	37
2.8.1. Procedimiento de despido por causa justa.....	37
2.8.2. Despido arbitrario.....	39
2.8.2.1. Plazo de caducidad.....	39
2.8.2.2. Indemnización por despido arbitrario	40
2.8.2.3. Acción judicial de pago de indemnización por despido arbitrario	41
2.8.2.4. Constatación por la Autoridad Administrativa de Trabajo.....	42
2.9. Legislación Nacional sobre el tema de la investigación	43
2.9.1. Constitución Política del Perú.....	43
2.9.2. Decreto Legislativo 728 – Decreto Supremo 003 – 97 TR.	44
2.10. Legislación Supranacional	46
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL PROBLEMA.....	49
CONCLUSIONES	52
RECOMENDACIONES	54
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

RESUMEN

El despido arbitrario se produce cuando el empleador culmina el vínculo laboral con el trabajador sin que de por medio estén algunas de las causas justificadas de despido relacionadas con la conducta o capacidad del trabajador. Asimismo, también se configura el despido arbitrario cuando el empleador no sigue el procedimiento de despido establecido por ley. En ambos casos, el empleador deberá asumir el pago de una indemnización, como única reparación por el daño sufrido. El plazo para que un trabajador accione judicialmente cuando es despedido en forma arbitraria es de treinta (30) días naturales de producido el hecho. La acción indemnizatoria, excluye la acción de nulidad de despido. La indemnización por despido arbitrario que debe otorgar el empleador 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 periodo de prueba.

En el caso de un trabajador contratado a plazo temporal, el monto de la indemnización es equivalente a remuneración y media por cada mes completo que falta concluir el vínculo laboral (fecha de término). La remuneración que sirve de base para el pago de esta indemnización, corresponde a la remuneración mensual percibida por el trabajador al momento del despido. Para el cómputo de las remuneraciones variables o imprecisas se debe tomar en cuenta el criterio establecido en el Decreto Legislativo N° 650. En el caso de trabajadores remunerados a comisión porcentual o destajo, la remuneración mensual ordinaria es equivalente al promedio de los ingresos percibidos en los últimos seis (6) meses anteriores al despido; y durante el periodo laborado, si la relación laboral es menor de seis (6) meses.

CAPÍTULO I: DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Dentro de la legislación laboral internacional el despido arbitrario es una de las instituciones laborales que más frecuentemente se presenta dentro del ámbito laboral, tanto en la actividad privada como en la actividad pública. Situación que no es ajeno en nuestra legislación donde los empleadores suelen recurrir a los despidos arbitrarios para poder romper el vínculo laboral, una forma más rauda de librarse de los trabajadores, pero la misma resulta inconstitucional desde la visión del Tribunal Constitucional y los tratados internacionales.

Doctrinalmente, el despido arbitrario tiene la naturaleza de un despido incausado, dado que obedece a la discrecionalidad del empleador de definir un despido a su libre albedrío, el cual la doctrina laboral ha reconocido como despido ad *nutum* o abusivo. Debemos precisar que en esta modalidad de despido la causa no existe, pues basta como eje rector del despido el libre albedrío del empleador para dar por extinguida la relación laboral, situación distinta al despido por causa justa que la legislación peruana admite y en el cual resulta exigible al empleador demostrar inclusive con criterios procedimentales de imputación de cargos, que hay una causa idónea de despido. (FIGUERO GUTARRA E. , 2009).

Más aún, de discutirse en sede judicial dicha causa, el empleador queda obligado a demostrar que dicha causa existe y en tal caso, sólo abonará los beneficios sociales convencionales a que tiene derecho el trabajador: Compensación por Tiempo de Servicios, vacaciones y gratificaciones truncas y algún otro concepto insoluto por pagar. En caso de no acreditarse la causa en juicio, estamos frente a un despido arbitrario, el cual conlleva como sanción al empleador, por inexistencia de la causa de despido, a pagar al trabajador, además de los beneficios sociales comunes, una indemnización especial por despido cuyo límite es 12 remuneraciones. Y si el reclamo del trabajador, se produce en sede constitucional, deberá estimarse la reincorporación del

trabajador a sus labores habituales, con la única diferencia de que no se reconocen remuneraciones devengadas por tratarse de una vía distinta a la vía laboral ordinaria.

Siendo ello así, en nuestro país se ha producido una flexibilización laboral lo cual ha conllevado a que se geste mayores índices de despidos arbitrarios, es decir despidos incausados contra los trabajadores que buscan organizarse en sindicatos, o los que deciden afiliarse a ellas, al respecto afortunadamente nuestra legislación contempla una serie de mecanismos para proteger aquellos despidos arbitrarios.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

DESPIDO ARBITRARIO

2.1. Antecedentes del despido arbitrario en estricto sensu

El despido arbitrario proviene de la naturaleza de subespecie del Derecho Civil que desde un inicio adquirió la contratación de una fuerza de trabajo. Bajo el criterio de libre oferta y demanda, la mano de obra no fue sino un elemento más en el mercado y como herramienta, sólo era objeto de regulación por las normas civiles aplicables al caso. Al configurarse en las nuevas democracias los derechos constitucionales y al asumir el derecho al trabajo reconocimiento en diversos instrumentos normativos internacionales, la libre disposición de despedir para el empleador se fue restringiendo notoriamente. (FIGUERO GUTARRA E. , 2009).

En el Perú de hoy, en este siglo XXI, la facultad directriz del empleador se sigue manteniendo, pues existen diversas formas de concluir la relación laboral; mas el despido arbitrario como tal, entendido como el simple albedrío del empleador de despedir sin justificación alguna, ha sido reputado como contrario al ordenamiento jurídico y como tal, es objeto de restricciones a través de diversos fallos constitucionales, que son objeto de estudio en esta obra.

Determinado el carácter de protección constitucional, al diseñar el legislador, el segundo párrafo del Artículo 34° del D.S. 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral LPCL, el cual prescribe: “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta 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”, el propósito fue partir de que una compensación económica contra el despido arbitrario, cumplía el supuesto de protección constitucional contemplado por el Artículo 27° de la Constitución (“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”), y ese criterio guio durante

mucho tiempo las relaciones laborales.

El trabajador, al saberse despedido, sabía que aun emplazando judicialmente a su empleador frente al evento del despido, sólo podía obtener una compensación económica y que sólo era posible la reposición en los casos en los cuales la ley taxativamente fijaba las condiciones de reincorporación a las labores habituales, a partir de una declaración de nulidad de despido. (FIGUERO GUTARRA E. , 2009).

Los fallos del TC en materia de despido arbitrario revelan entonces una carencia fundamental del sistema técnico hasta entonces aplicado: el despido arbitrario involucraba la afectación de derechos constitucionales fundamentales si era aplicado sin mayor fundamento y únicamente teniendo en cuenta el empleador el uso de su libre albedrío para despedir.

Estas carencias así reveladas nos llevan a concluir que el despido no estaba regulado integralmente y que los conceptos hasta entonces manejados técnicamente debían sufrir una transformación, modificación amparada en el respeto por los derechos fundamentales de la persona, si la extinción de la relación de trabajo se producía con expresión de aplicación directa del despido arbitrario.

El fenómeno principal que surge entonces a partir del problema descrito es el replanteamiento del despido arbitrario como libre prestación del empleador.

Dicho fenómeno se expresa en una contraposición social fuerte en la medida que el TC, autor de estos fallos, se convierte en blanco de críticas por parte de los defensores del concepto de facilidades para el libre mercado, así como de los mentores de la libre empresa, de los partidarios de la flexibilización de la protección de los derechos irrestrictos del trabajador, y de las posiciones vinculadas a una desregulación en la conservación de los puestos de empleo, siempre influidos por conceptos macroeconómicos que estiman que el Derecho del Trabajo regulado en condiciones de protección, significa una amenaza para el libre mercado.

Los conceptos de despido arbitrario exigen entonces un replanteamiento de las definiciones. A partir de la evaluación técnica que el TC hace del despido arbitrario, queda como regla, para el empleador, eliminar el *modus operandi* directo de prescindencia del trabajador con aplicación del efecto resarcitorio principal, entendido como una compensación económica. Se plantea así un nuevo concepto de despido arbitrario cual es la precisión de que el despido llevado a cabo con expresa afectación de derechos constitucionales fundamentales, no procede y a ello se deben remitir los operadores del derecho, a partir de estos fallos, teniendo en cuenta que estas decisiones del TC representan precedentes vinculantes para la definición de futuros fallos. (FIGUERO GUTARRA E. , 2009).

Los nuevos conceptos de despido arbitrario nos conducen pues a la necesidad de establecer relaciones entre las definiciones que antes se manejaban y las que hoy en día se aplican, significando esto una interpretación válida en el sentido de que el despido arbitrario sigue existiendo como figura contenida en nuestro ordenamiento, siempre que no se afecten derechos constitucionales. Vale decir, el empleador puede siempre despedir si el libre albedrío no involucraba afectación de derechos básicos reconocidos en nuestra Carta Magna.

En la nueva definición que se hace de esta institución, el despido arbitrario sigue vigente pero sujeto a efectos restrictivos si hay afectación de derechos constitucionales. El TC hace la salvedad de que mediando afectación de derechos, cabe el efecto restitutorio o de readmisión del trabajador en su puesto de trabajo.

Contexto constitucional del despido arbitrario

El presente trabajo busca desarrollar una ponderación constitucional del despido arbitrario a la luz de las modificaciones de criterio expresadas por el Tribunal Constitucional (TC) desde setiembre de 2002, examinando un cambio de posición del TC en la forma de conceptuar esta figura legal. Si bien es cierto

que la posición del Tribunal se relaciona mucho con el concepto global que involucra quiénes son sus integrantes y de ahí que se pueda deducir cuáles fallos de años anteriores implicaron una aceptación del despido arbitrario como tal, resulta de relieve considerar, igualmente, que la posición del TC en materia de amparos laborales, viene siendo reiterativa respecto al reconocimiento del derecho al trabajo y que los actos de empleadores que desconocen este derecho, son objeto de cuestionamiento en sede constitucional. (FIGUERO GUTARRA E. , 2009).

Propiamente desde la fecha en mención se configura una tipicidad exigióle al despido a nivel del referido precedente vinculante, siendo propio reconocer que en resoluciones previas el propio Tribunal ya se venía admitiendo readmisiones de los trabajadores; mas es desde la controvertida sentencia 1124-2001-AA/TC, a través de su resolución aclaratoria, que se produce y configura un cuestionamiento central y frontal del despido arbitrario, situación que no sólo se hizo extensiva al trabajador del régimen laboral de la actividad privada sino también al servidor público, el cual adquiriría derechos según Ley 24041 desde el año de prestación de servicios, siempre que fuere ininterrumpido, pudiéndosele cesar o destituir sólo por las causales previstas por el Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento que el mismo establecía.

La realidad nos revela, en consecuencia, un conflicto objetivo y que es cuestión de permanente

2.2. Etimología

La palabra **despedir** viene de expetere, con el prefijo ex- (hacia fuera) y el sentido de pedir permiso para marcharse. La despedida entonces sería acción y efecto (-ida) de darle permiso a alguien para que se vaya.

El verbo despedir es un doble prefijado del romance, sobrecharacterizado con de- sobre el verbo latino expetere. Tanto expetere como despedir no tiene ningún sentido originario de “pedir” ni de pedir permiso. Petere en latín significa sobre todo impulsar, empujar, dirigirse a algo con impulso; tiene que ver con la

palabra ímpetu. Su significado de pedir es una acepción muy secundaria. Así expetere y despedir lo que significa hacer que otro se vaya. Nada que ver con pedir permisos. (ETIMOLOGÍA, 2017).

Esta palabra etimológicamente se compone del sustantivo “arbitro” y del sufijo “ario” que indica que recibe algo y relativo a.

Por otra parte según el Diccionario de Etimología señala que la palabra “arbitro” viene del latín *arbitrarius* y significa “incierto, según la voluntad del juez”. Sus componentes léxicos son: el prefijo *ad-* (hacia). *Baetere* (ir, en sentido de ir a una autoridad), más el sufijo – *ario* (relativo a). (ETIMOLOGÍA, 2017).

2.3. Concepto

En cuanto al concepto de despido arbitrario debemos señalar que entendemos por “Despido”, en tal sentido podemos decir que nuestra legislación se circunscribe al despido a la extinción de la relación por incumplimiento del trabajador o medida disciplinaria, excluyéndola del alcance del despido cualquier otra forma de extinción de la relación laboral que tenga como origen la voluntad del empleador. De esta manera, se excluye al por causas objetivas como un supuesto de despido, circunscribiendo este último al cese individual y por causa justa determinada por la capacidad o la conducta del trabajador. (BARDALES PEDREYRA, ANTONIO, 2009).

El despido puede definirse como la terminación del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, basado o no en la existencia de una causa justa.

El despido es un acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador. El despido, según la ley peruana, es un acto extintivo de aplicación individual que debe ser comunicado por escrito. (ARCE ORTIZ, ELMER, 2008).

Por su parte, Alonso García citado por Carlos Blancos Bustamante, define al despido como el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fin a la relación de trabajo. (BLANCAS BUSTAMENTE, CARLOS, 2006).

Teniendo en claro lo que entendemos por despido, debemos entender por despido arbitrario como el cese del vínculo laboral por iniciativa del empleador sin que obedezca a una causa justa contemplada por la ley, la legislación protege contra el despido arbitrario sólo al trabajador que labora cuatro o más horas diarias para el mismo empleador. Para el despido de estos trabajadores es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. Se denomina arbitrario el despido de un trabajador cuando se produce en contravención del artículo 22º de la LPCL, (vale decir, cuando no existe una causa justificatoria o no se puede demostrar en el juicio) y se sanciona únicamente con la indemnización por despido arbitrario, por tanto, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización como única reparación por el daño sufrido.

A nivel de normas positivas, el D. S. N° 003-97-TR ha definido en su Artículo 34º una eficacia resarcitoria en el ámbito económico. La realidad peruana refleja pues de este modo una adaptación del despido arbitrario a favor y en contra, estas últimas precisando que el Tribunal Constitucional se excedió en sus funciones, y las primeras, destacando que se ha rescatado el concepto de defensa de los lineamientos constitucionales del derecho al trabajo a que todo ciudadano debe tener acceso, A este efecto, diversos ordenamientos jurídicos, entre ellos el alemán, rescatan la concepción garantista de defensa de los derechos fundamentales, desde la forja de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la cual levanta las cascas de un Estado Democrático y Social de Derecho para introducir en esta concepción un lineamiento a todos los demás Estados del orbe respecto a privilegiar el respeto por los derechos fundamentales de la persona humana y que es a su vez misión del Estado una mejora de su procura

existencial, más supeditada al cumplimiento de exigencias económicas y de orden netamente resarcitorio por parte del empleador.

Doctrinalmente, el despido arbitrario tiene la naturaleza de un despido incausado, dado que obedece a la discrecionalidad del empleador de definir un despido a su libre albedrío, el cual la doctrina laboral ha reconocido como despido ad *nutum* o abusivo. Debemos precisar que en esta modalidad de despido la causa no existe, pues basta como eje rector del despido el libre albedrío del empleador para dar por extinguida la relación laboral, situación distinta al despido por causa justa que la legislación peruana admite y en el cual resulta exigible al empleador demostrar inclusive con criterios procedimentales de imputación de cargos, que hay una causa idónea de despido. (FIGUERO GUTARRA E. , 2009).

Más aún, de discutirse en sede judicial dicha causa, el empleador queda obligado a demostrar que dicha causa existe y en tal caso, sólo abonará los beneficios sociales convencionales a que tiene derecho el trabajador: Compensación por Tiempo de Servicios, vacaciones y gratificaciones truncas y algún otro concepto insoluto por pagar. En caso de no acreditarse la causa en juicio, estamos frente a un despido arbitrario, el cual conlleva como sanción al empleador, por inexistencia de la causa de despido, a pagar al trabajador, además de los beneficios sociales comunes, una indemnización especial por despido cuyo límite es 12 remuneraciones. Y si el reclamo del trabajador, se produce en sede constitucional, deberá estimarse la reincorporación del trabajador a sus labores habituales, con la única diferencia de que no se reconocen remuneraciones devengadas por tratarse de una vía distinta a la vía laboral ordinaria.

2.4. Características

Conforme con la postura doctrinal asumida por nuestra legislación, el despido guarda las siguientes características:

- ❖ Es un acto unilateral, pues la extinción se produce por la sola voluntad del empleador sin la participación alguna del trabajador, pero siempre por las causas por las que la ley señale.

La jurisprudencia señala que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad – y, por consiguiente, el despido carecerá de efecto legal – cuando él se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos (BARDALES PEDREYRA, ANTONIO, 2009).

- ❖ Es un acto de recepción, pues su eficacia está relacionada con efectiva comunicación del empleador al trabajador que va ser despedido.

Sobre esta característica la jurisprudencia ha señalado que al ser el despido un acto recepticio una vez comunicado al trabajador ya no es posible su revocación, salvo que la parte patronal y el servidor acuerden algo diferente. Así mismo, no se desvirtúa la ruptura unilateral del vínculo laboral por el hecho del que empleador haya invitado al trabajador a reincorporarse a sus labores. (BARDALES PEDREYRA, ANTONIO, 2009).

- ❖ Es un acto constitutivo, pues el empleador no tiene que solicitar o proponer el despido a otra instancia siendo el 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. Sobre el particular, la jurisprudencia ha señalado que el despido no puede retrotraerse a la fecha anterior de entrega la carta al trabajador afectado.

Según MONTROYA (2001) Atribuye al acto de despido las características siguientes:

- ❖ Es un acto unilateral; pues, la extinción de contrato de trabajo se origina en la sola voluntad del empleador, sin tener en cuenta la del trabajador, quien la mayoría de las veces tiene una actitud contestataria a la decisión de su principal. Debemos dejar claro que el carácter unilateral del despido no desaparece en aquellos casos en que el empleador deba solicitar a la autoridad competente permiso previo para determinar la relación laboral, tal como ocurre en los ceses colectivos, pues aun en estos casos la decisión de finalizar el contrato de trabajo depende del empresario.
- ❖ Es un acto constitutivo; por cuanto la decisión del empleador de carácter constitutivo dando por concluido la relación laboral, aún cuando existe un exceso patronal, se ha porque la causa invocada no es lo suficiente para justificarlo o simplemente porque no existe.
- ❖ Es un recepticio; el despido solo tendrá efectividad a partir de que el trabajador afectado tome conocimiento del mismo. Una vez que el trabajador ha sido comunicado de su despido, no es posible la revocación del mismo, salvo que el empleador y el trabajador estén de acuerdo.
- ❖ Es un acto extintivo; la decisión del empleador extingue a futuro los efectos del contrato de trabajo. Como hemos dicho anteriormente, el despido produce efectos a partir que el trabajador es comunicado de la decisión resolutoria, por tal motivo su aceptación no es necesaria. (MONTROYA MELGAR, ALFREDO, 2001).

Noción jurídica del despido arbitrario

Carlos Blancas citando a Mario Pasco Cosmópolis señala que “para una adecuada técnica jurídica y regulación completa y eficaz de la hipótesis del despido, es necesario distinguir con nitidez la causa justa y la falta grave. Causa justa es un término mucho más amplio y comprensivo. Es género mientras la falta grave es especie. Toda falta grave es causa justificada, pero no toda causa justificada, es falta grave. En otras palabras, hay causas justificadas para la terminación del contrato por iniciativa o decisión del empleador que no constituyen falta grave.” (BLANCAS BUSTAMENTE, CARLOS, 2006).

La cita resulta relevante para determinar los escenarios de aplicación de la falta grave, caso en el cual existirá una imputación directa al trabajador, en atención a su conducta o capacidad. De este modo, la causa eficiente del despido residirá en el ámbito de acción del trabajador pues habrá siempre una circunstancia imputable a su persona. En cambio, en la causa justa, podrán generarse efectos de cese del vínculo laboral por causas no imputables al trabajador. Por ejemplo: la quiebra de la empresa, caso en el cual la extinción del vínculo laboral obedecerá a una circunstancia no generada por el trabajador, afectándole, es cierto en calidad de Sujeto pasivo, pues la quiebra tiene la calidad de efecto activo que se circunscribe a la propia actividad del empleador.

Ahora bien ¿qué implica un despido arbitrario en el plano de los indicadores macroeconómicos? Si como hemos señalado antes, el marco de aplicación absoluta devino en uno de aplicación restringida con los primeros dispositivos en nuestro ordenamiento positivo -Leyes N° 4916 y siguientes- la propia flexibilización laboral de la década de 1990, indujo a un marco de aplicación más abierto, aunque no total del despido como tal, para configurar un esquema más restringido desde la dación de sentencias del Tribunal Constitucional, restringiendo el despido arbitrario. (FIGUERO GUTARRA E. , 2009).

Sin embargo, ¿tiene efectos macroeconómicos de apertura la aplicación de la flexibilización laboral? Cifras estimadas nos dicen que en el año 1990, el desempleo abierto llegaba al 8.3% y el año 2000, era del 10.3%, y en cuanto al subempleo, en tanto que en el año 1990 era del 52.7%, el mismo se elevó al 53.7% en 1998. En suma, no necesariamente flexibilización involucra mejores indicadores económicos.

La ley peruana señala que el despido es arbitrario, por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio. Doctrinariamente, Manuel Alonso García, define al despido como “el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual, éste decide poner fin a la relación de trabajo”. (ALONSO GARCÍA, Manuel, 1981).

Dicha unilateralidad puede entonces identificarse como una proclividad, entendida como una tendencia a que el empleador despida sin fundamento, ante lo cual el ordenamiento positivo configura una exigencia de causalidad, como hoy se conoce al despido desde un enfoque constitucional. En caso de inexistencia de causalidad, el trabajador tiene la potestad de acudir al órgano jurisdiccional para que éste evalúe el alcance legal del despido, y habrá que determinar si el mismo fue justificado o injustificado o bien, procedente o improcedente, en todos estos casos ciñéndonos al resultado mismo del procedimiento aplicado por el empleador; el Juez de la causa, en su caso, declarará fundada o infundada la demanda o en su caso, improcedente el despido.

Montoya Melgar nos dice que: "el despido, como extinción de la relación de trabajo, fundado exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, presenta los siguientes caracteres:

- Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajadores innecesaria e irrelevante.
- Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente.

- Es un acto receptivo, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada.
- Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan *ad futurum* los efectos del contrato". (MONTROYA MELGAR A. , 2015).

Podemos identificar aquí, en vía de análisis de rigor, que el despido asume una naturaleza jurídica constitutiva y receptiva, cuya consecuencia directa es la extinción del vínculo laboral, aun si el trabajador expresare su discrepancia. Revistiendo dicho acto unilateralidad, no se tiene en cuenta la oposición del trabajador, quien sólo sufre el efecto del acto de despido.

Gómez Valdez indica que “el despido constituye un acto jurídico unilateral, reservado exclusivamente al empleador o quien fehacientemente hace sus veces, ejercitado en base a su poder discrecional y que lleva consigo la ruptura de la relación laboral y del contrato de trabajo, sin importar si es de duración determinada o indeterminada. Constituye, asimismo, una de las tantas formas con las que se pone término a un contrato. De otro lado, es un acto causal por antonomasia, y debe hallarse debidamente tipificado como causa grave de despido para que sus efectos se den plenamente, lo cual equivale a determinar que sólo el trabajador que por sus actos u omisiones, ha incumplido con sus deberes esenciales de trabajo o con la disciplina impuesta por el empleador en su centro laboral, podrá ser despedido sin posibilidad de que el despido incausal, pueda acogerse a esta prerrogativa, luego de dictarse sentencia constitucional con la causa de la Telefónica del Perú S.A.A.” (GÓMEZ VALDEZ F., 2005).

2.5. Clases de despido

a. Despido justificado

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 22º del D.S. N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

Hay que tener en cuenta que la causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido. Es requisito entonces que para que exista el rompimiento del vínculo laboral debe estar demostrada la causa invocada; además tener en cuenta que la protección sólo son para aquellos trabajadores cuya jornada laboral sea de 4 horas a más; excluyéndose, de tal manera, a los trabajadores que tienen un contrato a tiempo parcial. (JIMÉNEZ CORONADO, LUDMIN G., 2009).

Causas justas de despido relacionado con la capacidad del trabajador

Las causas justas de despidos relacionados con la capacidad del trabajador prescritas en nuestro ordenamiento jurídico laboral siendo esta las siguientes:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevinida, determinante para el desempeño de sus tareas;
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;

- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. Estas causas tienen que ver con el estado físico emocional que pueda estar atravesando el trabajador, pero no estamos frente a una incapacidad física como producto de un accidente laboral o similar, ya que si fuera este caso estaría subsidiado y si persiste la incapacidad puede hasta estar con una pensión de invalidez.

Causas justas de despido relacionado con la conducta del trabajador

Las causas justas de despidos relacionados con la conducta del trabajador prescritas en nuestra legislación laboral peruano son las siguientes:

❖ Por comisión de falta grave

La comisión de falta grave; Se entiende como falta grave a la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. El artículo 25º del D.S.Nº 003-97-TR, TUO del D. Leg. Nº 728, de manera taxativa estipula como faltas graves los siguientes hechos:

- El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad. La

reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada, fehacientemente, con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo o, en su defecto, de la Policía o de la Fiscalía, si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta;

- La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa;
- La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor;
- El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal;
- La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la

función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo;

- Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente;
- El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta; Para que proceda esta causal se requiere la intencionalidad, es decir, que exista la voluntad de actuar del trabajador, por lo tanto, no se considerarían los daños que han sido cometidos en forma involuntaria o por actividades ajenas al trabajador.
- El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas

disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones. Para que no se configure el abandono de trabajo, toda ausencia al centro de trabajo, deberá ser puesta en conocimiento del empleador, exponiendo las razones que la motivaron, dentro del término del tercer día de producida, más el término de la distancia. El plazo se contará por días hábiles, entendiéndose como tales los laborables en el respectivo centro de trabajo. (JIMÉNEZ CORONADO, LUDMIN G., 2009).

❖ **La condena penal por delito doloso**

Esta causal se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que éste haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador. En este punto, sí debemos de tener en cuenta que lo que se requiere es una sentencia condenatoria, vale decir que no se admiten sólo procesos, actuaciones, audiencias; se necesita una sentencia condenatoria y firme; todo ello porque se desea saber con exactitud o con certeza la responsabilidad penal del trabajador. (JIMÉNEZ CORONADO, LUDMIN G., 2009).

❖ **La inhabilitación del trabajador**

La inhabilitación que justifica el despido es aquella impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por un período de tres meses o más. En una sentencia, el Juez podría decidir sobre una inhabilitación, del mismo modo existen cargos

que por su naturaleza necesitan permisos especiales para que puedan ejercerlo, si en caso el trabajador fuera privado o se le restringe esta situación, entonces se podría invocar la causal analizada. (JIMÉNEZ CORONADO, LUDMIN G., 2009).

b. Despido nulo

Se encuentra descrito en el Artículo 29° de la LPCL y técnicamente constituye un despido ilícito, en tanto obedece a causales predeterminadas como violatorias de los derechos fundamentales del trabajador, previendo la ley una tutela restitutoria, la cual a su vez origina la readmisión en el empleo. (FIGUERO GUTARRA E. , 2009).

Previsto en el Art. 29° de la LPCL, a lo cual se agrega las causales de despido por razones de ser portador de sida (Ley N° 26626); por discriminación por discapacidad (Ley N° 27050), y despido por la calidad de agente activo en hostigamiento sexual (Ley N° 27942).

La protección que otorga nuestra legislación laboral para ciertos hechos, es una forma de salvaguardar los derechos de los trabajadores que se encuentren inmersos en ciertas actividades particulares. Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales. Así como es un derecho constitucional el trabajo, también lo es formar sindicatos o participar en actividades sindicales; esta protección radica, principalmente, en que los empleadores no busquen extinguir a aquellos servidores que hacen uso de su derecho a poder pertenecer a un sindicato, es decir, a esa agrupación que tiene como objetivo dialogar con la empresas y proponer mejoras para los trabajadores.
- b) b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad. A diferencia del supuesto anterior,

aquí no existe un sindicato ya sea porque no se ha deseado o porque no cumplen con el número mínimo de trabajadores, lo que sí hay es una asociación de trabajadores, agrupados para velar intereses colectivos en ese sentido, la protección será para los candidatos a dirigir o para el representante, mas no hace extensión para los que forman esta organización o asociación.

- 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 25º del D.S. N° 003-97-TR. Este supuesto protege al trabajador que haya participado en alguna queja contra su empleador, por la terminología es ante un órgano administrativo; los motivos pueden ser diversos, puede darse el caso que haya sido a través un proceso que podría ser también de cualquier materia, no necesariamente que haya sido sobre temas laborales, pues se puede dar la posibilidad que se hayan instaurado procesos penales, civiles u otros. En el artículo 47º del D.S. N° 001-96-TR, detalla que se configura la nulidad del despido; si la queja o reclamo ha sido planteado contra el empleador ante las Autoridades Administrativas o Judiciales competentes y se acredita que está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores. La protección se extiende hasta tres meses de expedida la resolución consentida que cause estado o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento. (JIMÉNEZ CORONADO, LUDMIN G., 2009).
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; Esta protección tiene que ver con lo consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política del Perú, en cuanto a los derechos fundamentales de la persona; en lo que respecta a la igualdad y no ser discriminado por razones eminentemente por razones subjetivas como es la raza, el idioma, etc. El artículo 48º del D.S. N° 001-96-TR,

precisa que se considera discriminatoria, para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores. En esta precisión, aplica términos como notoria desigualdad, es decir, que pueden darse desigualdades no tanto notorias o simuladas o indirectas, pero que en la realidad si afectan al trabajador, es difícil de acreditarlas, podría ser, pero no dejan de ser desigualdades que afectan al trabajador. Del mismo modo, hace mención a un trato marcadamente diferenciado, es decir que las sublimidades, las indeferencias personales u otros hechos que no sean marcadamente visibles, no podrían ser actos discriminatorios, sin embargo; tan igual como en el caso anterior, siguen siendo actos que afectan al trabajador.

- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente punto 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. Aquí se protege a la madre trabajadora por el estado por la cual está atravesando; pero a norma está condicionando a un tiempo máximo; contados desde todo el periodo de gestación hasta 90 días posteriores; del mismo modo, es requisito indispensable que el trabajador haya comunicado a su empleador sobre la existencia del embarazo, pero no basta una sola información sino que deberá de acreditarlo documentalmente, pudiendo presentar certificados médicos, resultados de análisis médicos, ecografías, etc., sino ha existido tal comunicación acreditada no estaremos frente a

un despido nulo, tampoco se permite que se demuestre el embarazo luego de haberse dado el despido.

c. Despido arbitrario

Frente a la estabilidad absoluta que imperaba en nuestra legislación laboral; posteriormente se establece que el despido es arbitrario se da no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, estableciendo que la forma de resarcir es el pago de la indemnización, equivalente a una remuneración y media por cada año laborado hasta un máximo de 12 remuneraciones. A diferencia de los dos tipos de despidos antes mencionados, solo importa la decisión del empleador en terminar el vínculo laboral, desde luego que sin afectar los derechos constitucionales (despido nulo). En ese sentido, si es que un empleador decide prescindir de los servicios de un subordinado, bastara comunicarle y pagarle la indemnización antes descrita.

d. Despido fraudulento

Esta modalidad aparece de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional del 10 de julio del 2002-Expediente N°0628-2001-AA/TC. Esto se produce cuando se despide al trabajador con ánimo perverso u auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales, aun cuando se cumpla con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos inexistentes, falsos e imaginarios o, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad.

Según la sentencia del TC recaída en el Exp. 0628-2001-AA/ TC, de fecha 10 de julio de 2002. Se pretendió presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad no lo era." En este último caso, el TC consideró

que “el Derecho del Trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los Artículos 22° y siguientes de la Carta Magna, debido a la falta de equilibrio de las partes, que caracteriza a los contratos que regula el Derecho Civil. Por lo que sus lineamientos constitucionales, que forman parte de los derechos constitucionales, no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica...”. (Sentencia Exp. 0628-2001-AA/TC., 2002).

Sentando precedente, agrega el fallo que “el denominado despido fraudulento se produce cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y 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'. En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al Juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a Ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo”. (Sentencia Exp. 0628-2001-AA/TC., 2002).

En mérito a lo expuesto, el TC estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso. Esta orientación jurisprudencial del TC en material laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los

derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral.

e. Despido incausado

Establecido en la sentencia del TC de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica Exp. No 1124-2002-AA/TC), a efectos de cautelar la vigencia plena del Artículo 22° de la Constitución (que conceptúa al trabajo como un deber y un derecho) y demás conexos. Esta ejecutoria considera que el despido incausado se produce 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. (FIGUERO GUTARRA E. , 2009).

En la Nota de Prensa N° 017-2003RRPP/ TC, establece que aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de julio del 2002-Expediente N°1124-2002-AA/TC, a efectos de cautelar la plena vigencia del artículo 22° de la Constitución y demás conexos y se produce cuando se despide el trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o labor que la justifique. (JIMÉNEZ CORONADO, LUDMIN G., 2009).

El Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, ha establecido que los 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 a partir de:

- a) El despido nulo (de conformidad con lo establecido en el artículo 29° del Decreto Legislativo N° 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1) del artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución);

- b) El despido incausado (aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 –caso Telefónica–, expediente N° 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22° de la Constitución y demás conexos;
- c) El despido fraudulento (aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido implícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0628-2001-AA/TC, de fecha 10 de julio de 2002).

Esos efectos restitutorios obedecen al propósito de cautelar la plena vigencia, entre otros, de los artículos 22°, 103° e inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Lo que se ha pretendido establecer es que la vía de amparo sirve para defender el derecho constitucional al trabajo, es decir, que nuestra norma laboral, al ser muy permisiva en ciertos hechos, hizo que ciertos empleadores sólo aduzcan la existencia de una indemnización y así poder despojarse de un trabajador, es por ello que gracias al Amparo y a las decisiones del Tribunal Constitucional si hay afectaciones de los derechos fundamentales se puede revertir las decisiones de los empleadores y lograr que un trabajador pueda ser repuesto a su centro laboral. (JIMÉNEZ CORONADO, LUDMIN G., 2009).

2.6. Protección Constitucional del despido arbitrario

En nuestro ordenamiento jurídico el despido no puede ser visto estrictamente desde la perspectiva de la legislación laboral ordinaria ya que el Derecho Constitucional ha tenido una fuerte influencia en la interpretación de su configuración mediante la profusa jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha emitido respecto a la lesión por parte de los privados y el Estado del derecho al trabajo -derecho fundamental contemplado en el artículo 22 de la Constitución que tiene como una de sus manifestaciones el derecho a conservar el puesto del trabajo y la correcta interpretación del artículo 27 de la Constitución que dispone la

adecuada protección contra el despido arbitrario.” (NEVES MUJICA, 2016).

A partir de estas disposiciones se ha desarrollado ampliamente la figura del despido laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la cual, en la práctica, ha creado un régimen legal paralelo de protección de derechos laborales. El inicio de esta etapa en la protección constitucional del despido tuvo como punto de partida la STC. Exp. N° 1124-2001-AA/TC del año 2002, conocida también como el caso Telefónica, que además fue materia de una muy importante resolución aclaratoria. Así, con estos fallos, varió radicalmente el sistema de protección de la estabilidad laboral en el Perú, ampliando los supuestos de reposición al centro de trabajo, especialmente en los casos de despido sin expresión de causa o incausados, señalándose que la protección contra el despido arbitrario que se establece en el artículo 27 de la Constitución debe considerarse como un mandato constitucional al legislador que no puede interpretarse como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador a efectuar una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional.

Si bien es cierto el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se debe ejercer respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente solo conduciría a vaciar de contenido los derechos constitucionales y convertiría a la ley que la acogiera en constitucionalmente inadmisibles. (RODRIGUEZ GARCÍA F. , 2009).

Así, el fallo en el caso Telefónica plantea un contenido más amplio de la protección del despido arbitrario que el establecido en el Derecho ordinario, señalándose que el artículo 27 de la Constitución contiene un mandato al legislador para establecer una protección frente al despido

arbitrario que supone tres aspectos fundamentales: a) se trata de un "mandato al legislador"; b) consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección; y c) no determina la forma de protección frente al despido arbitrario sino que la remite a la ley. En ese sentido, con este fallo se plantea que la protección "adecuada" implica que este no debe afectar el contenido esencial del derecho al trabajo, por lo que no debe considerarse al citado artículo 27 como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.

Con este razonamiento, el Tribunal señaló que el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización como única reparación, era incompatible con la Constitución porque vaciaba de contenido el derecho al trabajo que implica acceder a un puesto de trabajo, por una parte, y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Así, la jurisprudencia constitucional considera que la indemnización no es una alternativa, exclusiva y excluyente, sino que solo sería una forma de restitución complementaria o sustitutoria, si así lo determinara libremente el trabajador, pero nunca la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional. (RODRIGUEZ GARCÍA F. , 2009).

En ese sentido, el Tribunal considera que: "(...) cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral, solo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley y debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario". (RODRIGUEZ GARCÍA F. , 2009).

Así, el Tribunal establece que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador 'se encuentra afectada de nulidad' y, por consiguiente, el despido carecerá de efecto legal cuando se produce con violación de los derechos

fundamentales de la persona, (y en tales circunstancias) procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos", toda vez que se debe retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad.

Ahora bien, con respecto a la protección del despido arbitrario en la Constitución y sus efectos estrictamente indemnizatorios, compartimos la postura del profesor Toyama Miyagusuku cuando afirma que "La Constitución concedió al legislador la posibilidad de regular la forma de protección al trabajador ante un despido arbitrario. El propio TC describe lo siguiente (Exp. N° 1417-2005-AA/TC): 'Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. (RODRIGUEZ GARCÍA F. , 2009).

Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. (...) Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente'. (...) De este modo, tenemos dos posibilidades:

- i) si se trata de delimitar los alcances de la protección adecuada ante un despido, las normas internacionales - como han sido utilizadas por el TC en muchos procesos laborales- son las que deben servir como parámetro de interpretación, y estas prevén la posibilidad de una indemnización; o,
- ii) si el artículo 27 de la Constitución no comprende a la reposición como una forma de protección, es válido que el

legislador haya optado por la indemnización. (...) En esta línea, consideramos que la tesis del TC referida a que el artículo 22 de la Constitución importa que todo despido sin expresión de causa sea inconstitucional no se adecúa a nuestro esquema constitucional.

Se ha dejado de tener en cuenta lo expuesto en el artículo 27 de la Constitución que delega a la ley la forma de protección ante un despido arbitrario, además de que se obvia la aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana'. En ese orden de ideas, consideramos que la protección adecuada contra el despido arbitrario es la indemnización, tal como lo regula el artículo 34 de la LPCL, a pesar de que el Tribunal Constitucional considere que: A forma de protección (contra el despido arbitrario) no puede sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. Y que a indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional".

2.7. Efectos de la protección constitucional del despido arbitrario

a. Reposición del trabajador en su puesto laboral

Como lo señalamos, para el Tribunal Constitucional la forma como se restituyen los derechos vulnerados por un despido inconstitucional es mediante la reposición del trabajador en su puesto laboral. En esa línea, "[en] el ámbito del amparo, el estado anterior al cual deben reponerse las cosas -tratándose de despidos- no es el pago de una indemnización, sino la restitución del trabajador en su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente" (STC Exp. N° 6956-2000-AA/T, 2017).

El efecto sería similar al que se deriva de la declaratoria de nulidad de un despido, que es, en el fondo, cómo el Tribunal concibe el despido

inconstitucional". Por las razones expresadas en el punto anterior⁰⁰, no compartimos el criterio del Tribunal Constitucional sobre este punto, al no haber motivo para descartar a la indemnización económica como una medida de protección adecuada contra el despido arbitrario, lo que es concebido así por nuestra legislación nacional ordinaria y por los tratados internacionales aplicables al caso. No obstante, ha primado aquí el criterio sustentado por parte de la doctrina nacional de que solo la reposición laboral del trabajo restituye el derecho violado (repone las cosas al estado anterior de la vulneración), que es efecto buscado por el proceso de amparo.

De otro lado, en línea con lo que se resuelve a nivel judicial, el Tribunal Constitucional ha aplicado consistentemente el criterio de que si el trabajador cobra sus beneficios sociales pierde toda protección constitucional contra el despido arbitrario y, por consiguiente, ya no puede pedir la reposición en su puesto de labores.

Así, puede verse en la STC Exp. N° 2010-2005-PA/TC "Si en el desarrollo de un proceso de amparo el trabajador hace efectivo el cobro de su indemnización y beneficios laborales, no se recorta de modo alguno la protección procesal constitucional frente al despido, y menos aún se 'constitucionaliza este, sino que, ante la opción resarcitoria escogida previamente por el trabajador, resulta evidente que el juez constitucional se encuentra privado de pronunciarse por la argumentada lesividad, puesto que el trabajador, con su voluntario accionar, determinó que la opción ejercida en cuanto al cobro de la indemnización satisfizo la protección contra el despido consagrada en nuestra Constitución". (RODRIGUEZ GARCÍA F. , 2009).

Criterio similar se recoge en la STC Exp. N° 532-2001 -AA/TC, en caso de que se acredite la suscripción de la liquidación de beneficios sociales por el trabajador, "Si el trabajador ha suscrito la liquidación por compensación por tiempo de servicios, consignándose además el pago de la indemnización por despido arbitrario y demás beneficios sociales, estos conceptos acreditan la

extinción de la relación laboral entre las partes, por tanto no se ha configurado despido arbitrario". (RODRIGUEZ GARCÍA F. , 2009).

Otros criterios relevantes sobre la reposición laboral vistos en la jurisprudencia constitucional son los siguientes:

- i) En la STC Exp. N° 8078-2005-PA/TC se dejó establecido que si persiste el incumplimiento de la orden judicial de reposición laboral, el empleador no puede efectuar un nuevo despido: "La carta de despido es nula y carece de validez si en la fecha no se había restablecido el vínculo laboral, en razón de que la empresa se negaba a cumplir la orden judicial de reposición. En tal sentido, mientras persiste el incumplimiento, la empresa no está facultada para proceder a un nuevo despido.
- ii) En la STC Exp. N° 0318-2001-AA/TC se señaló que si el trabajador despedido es absuelto en el proceso penal que se le siguió, debe ser repuesto en su puesto de labores: "Habiendo sido absuelto en última instancia el agente en un proceso por delito doloso, se acredita que se le ha afectado el derecho al trabajo, al haber sido despedido sin causa justificada, debiendo reponérsele en su puesto de trabajo"; y.
- iii) En la STC Exp. N° 103-92-AA/TC Lima se establece que no cabe la reposición en una empresa paralizada pues: "Si la empresa se encuentra paralizada y abandonada, ello constituye una situación fáctica que evidencia la imposibilidad material de la reposición laboral".

El caso de los trabajadores de dirección y confianza: la excepción a la regla de la reposición

En un sentido lato, el trabajador de confianza es aquella persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que

desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación (el resaltado es nuestro). Haciéndose hincapié que estamos ante una relación especial donde el empleador en mérito a su capacidad y credibilidad para el desempeño de una actividad específica, deposita su representación y responsabilidad para actos que pueden serle propios o no pero que para su interés implican garantía y seguridad.

Ahora bien, bajo ese esquema debemos señalar que no cualquier trabajador puede ser considerado como uno de confianza, así tenga una estrecha relación con el empleador (digamos, por ejemplo, el chofer de un directivo de la empresa), toda vez que esta categoría siempre implica la presencia de los factores responsabilidad y dependencia, porque confiar implica hacerlo partícipe de secretos o dejarlo ejecutar actos de dirección, administración o fiscalización de la misma forma que el empleador.

En ese mismo sentido opina también Néstor de Buen cuando señala que, "El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que este desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...). (DE BUEN, Néstor., 2000).

En atención a ello, nuestra jurisprudencia ha señalado, por un lado, que la representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones caracteriza al trabajador de confianza puesto que lo liga con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad. Adicionalmente, ha señalado como otra característica diferenciadora respecto de los trabajadores comunes a la dirección y dependencia, puesto que los trabajadores de confianza pueden ejercer funciones directivas o administrativas

en nombre del empleador, participar de sus secretos o ejecutar actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal. (RODRIGUEZ GARCÍA F. , 2009).

Ahora bien, en lo que respecta a nuestra legislación, la categoría trabajador de confianza está regulada en el artículo 43 del Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL) el cual incluye dos clases de trabajadores de confianza:

- a. Los trabajadores de dirección, los cuales gozan de poder de decisión y actúan en representación del empleador, de modo que sus funciones al interior de la empresa se confunden con las actividades reservadas al propio empleador; o de quien sintetiza tal prerrogativa; pudiendo contratar personal, modificar los contratos de trabajo, pagar las retribuciones y, eventualmente, despedir a los trabajadores de la empresa que representa. Así, podemos mencionar a los gerentes de una empresa, quienes toman decisiones y actúan en representación del empleador.
- b. Los trabajadores de confianza, los cuales, si bien trabajan en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección y tienen acceso a información confidencial, únicamente coadyuvan a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Así, tenemos por ejemplo, a los contadores y administradores e, incluso, a las secretarías de gerencia, quienes si bien no tienen poder de decisión tienen acceso a información confidencial.

No obstante, y pese a esta diferenciación, la calificación de trabajador de dirección siempre lleva implícita la calificación de confianza, aunque un trabajador de confianza no necesariamente será un trabajador de dirección, en la medida que nuestro ordenamiento señala que solo el primero de los mencionados tiene poder de decisión y de representación.

2.7.1. Sobre el pago de remuneraciones y otros derechos devengados

Es uniforme la posición del Tribunal Constitucional de que en la vía constitucional no procede el pago de remuneraciones o derechos laborales devengados, ni sus intereses, en caso de que se ordene la reposición laboral como consecuencia de haberse declarado la inconstitucionalidad de un despido. El criterio seguido es que el proceso de amparo laboral tiene una finalidad restitutoria del derecho vulnerado -lo que se logra con la reposición- y no indemnizatoria. No quiere decir ello, sin embargo, que el trabajador repuesto jurídicamente no tenga derecho a sus remuneraciones o derechos devengados, solo que su reclamo deberá hacerlo en la vía ordinaria. (RODRIGUEZ GARCÍA F. , 2009).

Así puede leerse -entre muchas- en la STC Exp. N° 03720-2006-PA/TC, "Si un trabajador repuesto pretende que se le paguen las remuneraciones que dejó de percibir durante el tiempo que permaneció separado del cargo, debe tenerse en cuenta que las remuneraciones que se reclaman tienen naturaleza indemnizatoria y no restitutoria, por lo se deja a salvo su derecho para que lo haga valer en la vía correspondiente y no en la de amparo".

De igual modo en la STC Exp. N° 849-2002-AA/TC, "No cabe en el caso de la reposición disponer el pago de remuneraciones devengadas, por cuanto ellas corresponden a un periodo no trabajado en el cual, por lo tanto, no hubo contraprestación; consecuentemente, tal solicitud posee naturaleza indemnizatoria, y no restitutoria, debiendo quedar a salvo el derecho respectivo, el mismo que no puede ejercitarse en esta vía sumaria"

2.8. Procedimiento para el despido

2.8.1. Procedimiento de despido por causa justa

Emplazamiento al trabajador

Inmediatamente después de conocida o investigada la causa justa de despido relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador, el empleador debe cursar carta de emplazamiento, o de imputación de falta grave

cuando sea el caso, otorgándole un plazo razonable para que efectúe el descargo respectivo. Cuando se trate de una causa relacionada con la conducta del trabajador el plazo mínimo para el descargo es de seis (6) días naturales, y cuando se trate de una causa relacionada con su capacidad, el plazo es de treinta (30) días naturales para que este demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. El plazo de seis (6) días señalado en el párrafo anterior, puede ser ampliado por el empleador.

Exoneración del preaviso de despido

Cuando se trate de falta grave flagrante y no resulte razonable otorgar al trabajador el derecho de defensa, el empleador está habilitado para cursar directamente la carta de despido sin necesidad de cursar previamente la carta de emplazamiento.

Exoneración de la asistencia al centro de trabajo

Mientras transcurra el plazo de seis días otorgado al trabajador para que formule su descargo, el empleador puede exonerarlo de la asistencia al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone normalmente su remuneración y otros derechos o beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración en mención debe constar por escrito.

Oportunidad de despido

Una vez presentado el descargo del trabajador, o transcurrido el plazo de los seis días sin que ello se produzca, el empleador podrá despedir al trabajador

Carta de despido

Una vez presentado el descargo del trabajador, o transcurrido el plazo de los seis días sin que ello se produzca, el empleador podrá despedir al trabajador. La carta de imputación de falta grave y la de despido se consideran válidamente cursadas si son remitidas al último domicilio personal señalado por

el trabajador en su centro de trabajo, aun cuando al momento de la entrega de las mismas no se encontrare en aquel. Igualmente, el empleador puede entregar válidamente dichas cartas al trabajador en su centro de trabajo, el cual firmará el cargo de recepción. (DOLORIER TORRES JAVIER, 2010).

El empleador no puede invocar en la carta de despido una causa justa distinta a la consignada en la carta de emplazamiento. Pero si una vez cursada esta, el empleador conoce alguna otra falta grave cometida por el trabajador, puede reiniciar el procedimiento de despido cursando una nueva carta de imputación consignando la falta grave adicional. Si en la carta de emplazamiento o la de despido se invoca un sustento legal errado respecto de la causa justa invocada, ello no invalida el procedimiento de despido siempre que los hechos que configuran la causa justa estén debidamente detallados en tales comunicaciones.

2.8.2. Despido arbitrario

2.8.2.1. Plazo de caducidad

El plazo para que un trabajador accione judicialmente cuando es despedido en forma arbitraria es de treinta (JO) días naturales de producido el hecho. La acción indemnizatoria, excluye la acción de nulidad de despido. Este plazo no se encuentra sujeto a interrupción o pacto que lo enerve; una vez transcurrido impide el ejercicio del Derecho. La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un tribunal peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o por falta de funcionamiento del Poder judicial, es decir los días de suspensión del Despacho Judicial conforme al artículo 247 de la Ley Orgánica del Poder Judicial así como aquellas otras situaciones que por caso fortuito o fuerza mayor impidan su funcionamiento. Al respecto, mediante el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional 01-99 respecto al plazo de caducidad para interponer una acción por despido arbitrario se estableció como plazo para accionar judicialmente por despido arbitrario treinta (30) días hábiles.

2.8.2.2. Indemnización por despido arbitrario

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario, como única reparación por el daño sufrido. El Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL , 2015).

El Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.

Respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos. (DOLORIER TORRES JAVIER, 2010).

Tienen derecho a la indemnización por despido arbitrario, los trabajadores que laboren por lo menos cuatro (4) horas diarias para un mismo empleador. Además, dichos trabajadores deberán haber superado el periodo de prueba (3 meses) o haber acordado con el empleador la exoneración del mismo.

La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios, con un tope de doce (12) remuneraciones. Las fracciones se abonan por doceavos y treintavos. Su abono procede superado el periodo de prueba, así no se llegue al año de servicios. Los meses completos se abonan proporcionalmente por doceavos ($1/12$) y los días completos por treintavos de doceavos ($1/360$). La base de cálculo para el pago de la indemnización por despido arbitrario es la remuneración que percibe mensualmente el trabajador al momento del despido. Para el cómputo de las remuneraciones variables e imprecisas se tomará en cuenta el criterio establecido en el TUO de la Ley de CTS. (DOLORIER TORRES JAVIER, 2010).

Los conceptos remunerativos variables o imprecisos forman parte de dicha remuneración si han sido percibidos por lo menos tres (3) meses en los últimos seis (6) meses de labores. Tales conceptos se incorporan a la remuneración base de cálculo sumando los montos percibidos y dividiendo su resultado entre seis. Este requisito es igualmente aplicable si el tiempo laborado es menor a seis (6) meses. En el caso de trabajadores comisionistas o destajeros, la remuneración base de cálculo es equivalente al promedio de lo percibido en los últimos seis (6) meses anteriores al despido o durante el periodo laborado si la relación laboral es menor de seis (6) meses.

La indemnización por despido arbitrario deberá ser abonada a más tardar a las cuarenta y ocho (48) horas de producido el cese. De no ser así, devengará intereses con la tasa legal laboral fijada por el BCR. En caso de reingreso del trabajador, no procede la acumulación de periodos de servicios para efectos del cálculo de la indemnización por despido arbitrario.

2.8.2.3. Acción judicial de pago de indemnización por despido arbitrario

El trabajador despedido en forma arbitraria puede interponer la acción de pago de indemnización por despido arbitrario. Simultáneamente puede demandar el pago de los beneficios sociales o cualquier otro Derecho Laboral pendiente de pago. Si el trabajador interpone la acción de indemnización por

despido arbitrario ya no puede accionar por la nulidad del despido. (DOLORIER TORRES JAVIER, 2010).

Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos en el proceso judicial. Corresponde a las partes probar sus afirmaciones. Así, el empleador deberá fundamentar la causa del despido, mientras que al trabajador le bastará con demostrar la existencia del mismo. El hecho de que el empleador no haya cumplido todas las formalidades en el procedimiento de despido, no impide que el juez se pronuncie sobre el fondo del asunto determinando si hubo o no falta grave.

2.8.2.4. Constatación por la Autoridad Administrativa de Trabajo

Si el trabajador lo solicita, un inspector del trabajo puede verificar el despido arbitrario que se configure por la negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso del trabajador al centro de trabajo, dejando constancia de ello en el acta que se levante en dicha ocasión. Del mismo modo, el trabajador puede recurrir a la autoridad policial para que efectúe dicha constatación, especificando la identidad y cargo de las personas que intervienen en el acto de verificación, el lugar donde se realizó y las manifestaciones de las partes.

Para efecto de la verificación del despido arbitrario resulta aplicable la Directiva Nacional en el procedimiento a aplicar sobre verificación de Despido Arbitrario, la cual precisa la regulación del procedimiento sobre verificación de dicho despido, la tramitación del procedimiento de verificación de despido arbitrario. (DOLORIER TORRES JAVIER, 2010).

Tratamiento constitucional del despido arbitrario

Pese a que en la LPCL se contempla como única reparación de un despido arbitrario el pago de una indemnización económica, a nivel constitucional, específicamente el Tribunal Constitucional, ha creado dos tipos de despido cuya consecuencia es la reposición del trabajador. Así tenemos:

- ❖ Despido ¡incausado: Es un despido sin imputación de causa, en la que

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.

- ❖ Despido fraudulento: Cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, en este caso procede la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos. En efecto, en la vía constitucional la actuación de las pruebas es mínima, a diferencia de la vía.

2.9. Legislación Nacional sobre el tema de la investigación

2.9.1. Constitución Política del Perú

Constitución Política del Perú, consagra en los artículos 27 prescribe sobre el despido arbitrario de la siguiente manera:

El artículo 27

La Constitución indica que se protegerá al trabajador frente al despido arbitrario. No se señala el grado o nivel de tutela pero si la hay en el nivel primario, no necesariamente será la reposición del trabajador.

(CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2017).

Artículo 22.- Protección y fomento del empleo

“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 23.- El Estado y el Trabajo

“El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y

al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.

Artículo 24.- Derechos del trabajador

“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.

2.9.2. Decreto Legislativo 728 – Decreto Supremo 003 – 97 TR.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Artículo 1

Son objetivos de la presente Ley: a) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo; b) Propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades urbanas y rurales de baja productividad e ingresos hacia otras actividades de mayor productividad; c) Garantizar los ingresos de los trabajadores, así como la protección contra el despido arbitrario respetando las normas constitucionales; y, d) Unificar las normas sobre contratación laboral y consolidar los beneficios sociales existentes. (DECRETO LEGISLATIVO 728, 2017).

Artículo 10

Contenido del período de prueba El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

Artículo 34

Despido arbitrario y despido nulo El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38º como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. 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 establecida en el Artículo 38º.

Artículo 36

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. La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del período prescriptorio el pago de otras sumas líquidas que le adeude el empleador. Estos plazos no se

encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho. La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento. (DECRETO LEGISLATIVO 728, 2017).

Artículo 31

Despido arbitrario. Sanción Es arbitrario el despido que se produce en contravención del Artículo 55º de la Ley y se sanciona únicamente con la indemnización establecida en el Artículo 71º de la misma.

2.10. Legislación Supranacional

a. Organización Internacional de Trabajo

EL CONVENIO N° 158 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y EL DESPIDO DISCIPLINARIO

La única regulación de carácter internacional que con carácter general contempla la figura del despido disciplinario es el Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT en adelante). Esta importante norma internacional nos da determinadas exigencias que protegen a los trabajadores frente a este tipo de despido. Estos mecanismos de protección son los siguientes:

Una protección importantísima que marca la norma es que en este despido tiene que existir una justa causa. Su artículo 4 señala que "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio". Cuando habla de causa basada en la conducta del trabajador nos encontramos ante una clara indicación de las

causas disciplinarias; es decir, por los incumplimientos contractuales del trabajador. (OIT, 2017).

b. Protocolo de San Salvador

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a) Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;*
- b) El derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;*
- c) El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;*
- d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;*
- e) La seguridad e higiene en el trabajo;*

- f) *La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;*
- g) *La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diaria como semanal. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;*
- h) *El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. (PROTOCOLO DE SAN SALVADOR , 1988).*

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Nuestro ordenamiento (siguiendo el criterio de protección al trabajador) opta que toda extinción de la relación laboral tenga una causa: fallecimiento del empleador o trabajador, jubilación, capacidad, razones económicas y otras más. Por ello, el despido (fenecimiento de la relación entre trabajador y empleador por voluntad unilateral de este último) se rige por el principio de causalidad y que debe seguir un adecuado procedimiento. El primero es que ningún trabajador puede ser despido sin justa causa que acredite el fenecimiento de la relación laboral (causas establecidas en la ley y sin vulnerar derechos constitucionales; el segundo, es que se debe seguir el proceso establecido en la ley (carta de preaviso, tiempo de contestación y otros).

De este modo, nuestro ordenamiento ha dispuesto dos tipos de reparaciones cuando el despido no contiene una justa causa. El primero es el de indemnización que se encuentra regulado en el art. 34 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral (en adelante LPCL); el segundo, la reposición regulado en el art. 29 del mismo cuerpo normativo. En consecuencia, podemos decir que el Perú ha optado por un sistema mixto) de protección a la estabilidad laboral de salida (efecto la reposición y la indemnización), entendiendo que la estabilidad laboral absoluta es la que conlleva necesariamente a la reposición y estabilidad laboral relativa la que conlleva a la indemnización.

Según la normativa antes mencionada, la indemnización es para despidos arbitrarios y la reposición para despidos nulos. Es cierto, que ambos tienen en común no tener causa, pero no debemos olvidar que estamos ante dos situaciones distintas. En efecto, el arbitrario es cuando la causa no es expresada o no puede reconocerse en juicio, previsto en el art. 34 de la LPCL; el nulo es cuando suceden supuestos determinados en el art. 29 de la LPCL: despido por afiliación a sindicato o participación en actividades, presentar una queja o proceso contra el empleador, etc.

Sin embargo, hoy en día no son las únicas formas de despido sin causa que se tiene en nuestro ordenamiento. Nuestra Constitución de 1993, si bien tiene un régimen de protección de derechos laborales, esta se ha visto disminuida a comparación de la Constitución de 1979; es aquí donde el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha cumplido un rol de participación activa en protección del trabajador, en palabras de Sanguinetti hubo una “recomposición” de sus bases constitucionales. El doctor Boza menciona “que restablece los derechos, por la vía interpretativa, de aquellos derechos que habían sido recortados por la legislación. Es decir, que a través de sus interpretaciones y sentencias fue restableciendo los derechos laborales que tanto la ley y la constitución dejaron sin protección expresa.

El Tribunal Constitucional en lo referente al despido arbitrario ha tomado un nuevo camino siendo ahora justo, arbitrario, nulo, incausado y fraudulento (siendo estos dos últimos los establecidos por el TC a través de sus sentencias). Es decir, todos se rigen por el principio de justa causa (como siempre), pero cada uno tiene sus características propias, que serán analizadas caso por caso. El incausado es cuando el empleador no estipulo causa alguna para finalizar el contrato de trabajo teniendo como efecto la reposición, criterio tomado en la sentencia del T.C 18 de setiembre del 2002. El fraudulento es cuando al trabajador se le imputa hechos notoriamente falsos, imaginarios, inexistentes que buscan generar la justa causa que tiene como efecto la reposición y la indemnización.

Ahora el despido arbitrario quedaría reducida a despidos que, aunque provistos de una causa, esta no puede ser probada en juicio, siendo que la otra causal (antes prevista en el art. 34 LPCL) es parte del despido incausado. El principal efecto que tiene el despido arbitrario es la indemnización. Esta de diferente manera para contratos indeterminados o de plazo fijo. En el primero es que una remuneración y media por cada año de servicio prestado, con un máximo de 12 remuneraciones; en el segundo, es una remuneración y media

por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con un máximo de 12 remuneraciones.

De este modo, podemos darnos cuenta que el despido arbitrario es el único que tiene como efecto la indemnización, la gran cuestión es ¿este efecto va acorde a la protección constitucional otorgada al trabajador frente al despido? Para ello, debemos remitirnos a los art. 22 y 27 de nuestra. El art. 22 enuncia que el trabajo es un deber y derechos, base esencial para el desarrollo personal; el art. 27 le otorga protección a este derecho, pero no menciona que protección se le debe ofrecer, sino que otorga al legislador la potestad de poder decidir qué medida de protección dar. En este sentido, es esencial a remitirnos a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la cual nos obliga a interpretar este “derecho al trabajo” de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales. De manera que tendremos que interpretar de acuerdo a las disposiciones del “Pacto de San Salvador”, que en su art. 7 inciso d) dice “(...) en caso de despido injustificado, el trabajador tiene derecho a la indemnización o a la readmisión en el empleo o cual otra prestación prevista en la legislación nacional”. En simples palabras, la indemnización como efecto ante el despido injustificado está previsto en las normas internacionales como medio idóneo de protección al trabajador, no siendo la reposición el único medio de protección.

Por lo tanto, la protección al trabajador que otorga la Constitución y que remita a la ley su regulación es acorde a la normativa internacional. Además, el art. 34 de la LPCL que opta por la indemnización frente al despido es arbitrario es válido frente a la constitución y el mencionado Pacto. Líneas más arriba se habló que un Estado puede optar por tener una estabilidad laboral absoluta (la reposición como único efecto) y la relativa (la indemnización como su efecto). En el Perú se ha optado por tener un régimen mixto de estabilidad laboral (se prevé tanto la indemnización como la reposición), siendo acorde a la normativa internacional.

CONCLUSIONES

1. El despido arbitrario proviene de la naturaleza de subespecie del Derecho Civil que desde un inicio adquirió la contratación de una fuerza de trabajo. Bajo el criterio de libre oferta y demanda, la mano de obra no fue sino un elemento más en el mercado y como herramienta, sólo era objeto de regulación por las normas civiles aplicables al caso. Al configurarse en las nuevas democracias los derechos constitucionales y al asumir el derecho al trabajo reconocimiento en diversos instrumentos normativos internacionales, la libre disposición de despedir para el empleador se fue restringiendo notoriamente.
2. Los conceptos de despido arbitrario exigen entonces un replanteamiento de las definiciones. A partir de la evaluación técnica que el TC hace del despido arbitrario, queda como regla, para el empleador, eliminar el *modus operandi* directo de prescindencia del trabajador con aplicación del efecto resarcitorio principal, entendido como una compensación económica. Se plantea así un nuevo concepto de despido arbitrario cual es la precisión de que el despido llevado a cabo con expresa afectación de derechos constitucionales fundamentales, no procede y a ello se deben remitir los operadores del derecho, a partir de estos fallos, teniendo en cuenta que estas decisiones del TC representan precedentes vinculantes para la definición de futuros fallos.
3. Despido las características siguientes **Es un acto unilateral**; pues, la extinción de contrato de trabajo se origina en la sola voluntad del empleador, sin tener en cuenta la del trabajador; **es un acto constitutivo**; por cuanto la decisión del empleador confiere carácter constitutivo dando por concluido la relación laboral, aun cuando existe un exceso patronal, se ha porque la causa invocada no es lo suficiente para

justificarlo o simplemente porque no existe; **es un recepticio**; el despido solo tendrá efectividad a partir de que el trabajador afectado tome conocimiento del mismo. Una vez que el trabajador ha sido comunicado de sus despido, no es posible la revocación del mismo, salvo que el empleador y el trabajador estén de acuerdo y **es un acto extintivo**; la decisión del empleador extingue a futuro los efectos del contrato de trabajo. Como hemos dicho anteriormente, el despido produce efectos a partir que el trabajador es comunicado de la decisión resolutoria, por tal motivo su acepción no es necesaria.

4. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario, como única reparación por el daño sufrido. El Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.
5. Para efecto de la verificación del despido arbitrario resulta aplicable la Directiva Nacional en el procedimiento a aplicar sobre verificación de Despido Arbitrario, la cual precisa la regulación del procedimiento sobre verificación de dicho despido, la tramitación del procedimiento de verificación de despido arbitrario.
6. El Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.

RECOMENDACIONES

1. El despido Arbitrario es el cese de vínculo laboral por iniciativa del empleador sin que obedezca una causa justa contemplado en la ley, para el despido de estos trabajadores es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente. En ese sentido nuestras recomendaciones están dirigidas a los operadores de justicia a utilizar las herramientas que los tratados internacionales como OIT, y nuestro marco normativo interno nos proporcionan para prevenir, sancionar los despidos arbitrios.
2. Se recomienda a los estudiantes de la carrera profesional del Derecho investigar sobre esta materia ya que es muy poco abordado y de práctica cotidiana en la praxis laboral.
3. Nuestras recomendaciones van dirigidos a los estudiantes, egresados y profesionales del Derecho a estudiar de forma sistemática y profunda y propugnar la promulgación de Código Laboral, es decir un cuerpo normativo sistematizado e integral de la legislación laboral en el Perú.
4. Es menester también indicar que la ciencia y en particular la ciencia del Derecho requiere de dedicación, tal como lo indica el filósofo Alemán Karl Marx “En la ciencia no existen caminos fáciles sólo puede triunfar y conquistar sus cimas luminosas el que no se arredra ni se cansa de trepar senderos pedregosos”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALONSO, M. (1981). *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: Ariel.
- ARCE, E. (2008). *Derecho individual de trabajo del trabajo en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
- BARDALES, A. (2009). *Guía práctica de pobreza de las relaciones laborales*. Lima: El Buho E.I.R.L. - Gaceta Jurídica S.A.
- BLANCAS, C. (1995). *El despido en la reforma de la ley del empleo*. Lima : ARA.
- BLANCAS, C. (2006). *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- CONCHA, C. (Noviembre de 2014). *Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el tribunal constitucional*. Obtenido de file:///C:/Users/USER/Downloads/CONCHA_VALENCIA_CARLOS_ANALISIS_ESTABILIDAD.pdf
- CÓDIGO DE TRABAJO DE CHILE . (06 de Enero de 2018). Obtenido de http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articles-95516_recurso_2.pdf
- CÓDIGO DE TRABAJO DE ECUADOR. (Diciembre de 2009). Obtenido de http://cnel.gob.ec/lotaip/links_a2/codigo_trabajo.pdf
- CÓDIGO DE TRABAJO DE NICARAGUA. (Noviembre de 1996). Obtenido de <https://www.poderjudicial.gob.ni/cjnejava/image/codigo-trabajo.pdf>
- CÓDIGO DE TRABAJO DE VENEZUELA. (Febrero de 2005). Obtenido de <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/47049/67563/S97VEN01.htm>

CODIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO. (Mayo de 2017). Obtenido de <file:///C:/Users/USER/Downloads/CODIGO%20SUSTANTIVO%20DEL%20TRABAJO%20concordado.pdf>

LEY GENERAL DEL TRABAJO (noviembre de 2017). Obtenido de: <https://www.oas.org/dil/Migrants/Bolivia/Ley%20general%20del%20trabajo%20del%208%20de%20diciembre%20de%201942.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2017). *Constitución Política del Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.

DE BUEN, N. (2000). *Derechos del trabajador de confianza*. . Méxio : Universidad Nacional Autónoma de México.

DECRETO LEGISLATIVO 728. (Diciembre de 2017). *Ley de Productividad y Competitividad Laboral* . Obtenido de http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_dec728.pdf

DOLORIER, J. (2010). *Tratado práctico de Derecho Laboral* . Lima: Gaceta Jurídica.

ETIMOLOGÍA. (Novimebre de 2017). *Etimología de Arbitrario*. Obtenido de <http://etimologias.dechile.net/?arbitrario>

ETIMOLOGÍA. (Diciembre de 2017). *Etimología de Despido* . Obtenido de <http://etimologias.dechile.net/?despedida>

FIGUERO, E. . (2009). *Despido arbitrario, estudios constitucional, comparado y jurisprudencial*. Lima: San Marcos EIRL.

GÓMEZ, F. (2005). *Derecho del Trabajo. Relaciones colectivas de trabajo*. Lima : San Marcos.

JIMÉNEZ, L. (2009). El Despido en el Perú. *Actualidad Empresarial*, N° 178.

LEY GENERAL DEL TRABAJO. (Noviembre de 2014). Obtenido de <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/2006/trabajo/ley-general/texto.pdf>

MONTOYA, A. . (2015). *Derecho Laboral* . Lima : Gaceta Jurídica.

MONTOYA, A. (2001). *Derecho del trabajo, vigesima segunda edición*. Madrid, España: Técnos.

NEVES, J. (2016). *Los conceptos y los efectos de la sentencia del caso Telefónica. Dialogos de la jurisprudencia* . Lima.

OIT. (Noviembre de 2017). *Organización Internacional de Trabajo*. Obtenido de <http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/aplicum/convenios/c158.html>

PROTOCOLO DE SAN SALVADOR . (17 de Noviembre de 1988). Obtenido de http://derechoshumanos.pe/wp-content/woo_uploads/congreso/PROTOCOLO_SAN_SALVADOR.pdf

RODRIGUEZ, F. (2009). *Extinción del contrato de trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica.

SAAVEDRA, J. (2000). *Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de Despido sobre el Funcionamiento del Mercado Laboral Peruano*. Lima : Grade.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL . (2015). *Exp. N° 0206-2005-PA/TC*. Lima: Gaceta Jurídica.

Sentencia Exp. 0628-2001-AA/TC. (2002). Lima: Peruano .

STC Exp. N° 6956-2000-AA/T. (Diciembre de 2017). Obtenido de <https://es.scribd.com/document/200488496/LA-EXTINCION-DEL-CONTRATO-DE-TRABAJO>

