

UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



INCORPORACIÓN NORMATIVA DE LA REPOSICIÓN
FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO DEL TRABAJADOR EN
EL PERÚ

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Responsable de la investigación:

Bach. LIZZETH ELIDA CORDOVA CHINCHAY

Asesora:

MAG. FANY SOLEDAD VERA GUTIERREZ

Huaraz – Perú

2020

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____ Teléfono: _____

E-mail: _____ D.N.I. n°: _____

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de investigación:

Tesis Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

3. Para optar el Título Profesional de:

4. Título del trabajo de investigación:

5. Facultad de: _____

6. Escuela o Carrera: _____

7. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ ID ORCID: _____

8. Referencia bibliográfica: _____

9. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo. Acceso

restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

10. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:



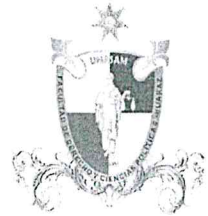
Varillas William Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION – VIRTUAL

PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO V, FOLIO 106 – FDCCPP

MODALIDAD: TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las catorce horas del día viernes veintiocho de mayo del dos mil veinte y uno. Se reunieron en la plataforma virtual del Microsoft Teams; el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

Abog. JULIO CESAR PALA GARCIA : PRESIDENTE
Mag. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS : SECRETARIO
Mag. FANY SOLEDAD VERA GUTIERREZ : VOCAL

Con el objeto de examinar, la Sustentación de Tesis, titulada: “**Incorporación Normativa de la Reposición frente al Despido Arbitrario del Trabajador en el Perú**”; de la bachiller **CORDOVA CHINCHAY LIZZETH ELIDA**, para OPTAR el Título Profesional de Abogada.

Acto seguido, la bachiller fue llamada por su nombre e invitada a ingresar a la plataforma virtual del Microsoft Teams a efectos de su exposición, luego de lo cual fue examinada en relación a la Tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente se reúne mediante la plataforma virtual del Microsoft Teams con los Miembros de la Comisión; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : DIECISIETE (17).

RESULTADO : Aprobado por unanimidad.

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** la **Declara: APTA**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogada. Con lo que concluye el Acto, siendo las dieciséis horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.


Abog. JULIO CESAR PALA GARCIA
PRESIDENTE


Mag. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS
SECRETARIO


Mag. FANY SOLEDAD VERA GUTIERREZ
VOCAL

AGRADECIMIENTO

A Dios Padre Celestial por la vida y por iluminarme a seguir esta noble carrera profesional del Derecho.

A mis padres Gerardo y Bibiana por su inmenso amor reflejados en su sacrificio y entrega diaria, los que siempre serán para mí el mejor de mis ejemplos.

A mi alma mater, la UNASAM y a mis estimados docentes que me educaron con sabiduría para servir a mi pueblo con justicia y probidad.

DEDICATORIA

A mis amados abuelitos en el cielo y en la tierra, por su cariño y buenas enseñanzas que llevaré en la mente y corazón.

A mi familia, mis padres y hermanas Deyna, Stephanny y Jennedy que son mi mayor fortaleza y motivación para lograr todas mis metas.

A mis ahijados Luis y Miguel, quiénes tendrán por siempre mi cariño y apoyo para crecer.

A mis queridos amigos Isabelita y Norberto Gil por la eterna amistad que nos une más allá de esta vida.

A mi compañero de vida, que me impulsa con su amor a luchar por nuestros sueños.

ÍNDICE

RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
1.1. Descripción del problema	12
1.2. Formulación del problema	15
1.2.1. Problema general	15
1.2.2. Problemas específicos.....	15
1.3. Importancia del problema	16
1.4. Justificación y viabilidad	17
1.4.1. Justificación teórica	17
1.4.2. Justificación práctica	17
1.4.3. Justificación legal	17
1.4.4. Justificación metodológica	19
1.4.5. Justificación técnica.....	19
1.4.6. Viabilidad	19
1.5. Formulación de objetivos.....	20
1.5.1. Objetivo general.....	20
1.5.2. Objetivos específicos	20
1.6. Formulación de hipótesis	21
1.6.1. Hipótesis general	21
1.6.2. Hipótesis específicas.....	21
1.7. Variables	22
1.7.1. Variable independiente (X)	22
1.7.2. Variable dependiente (y).....	23
1.8. Metodología de la investigación	23
1.8.1. Tipo, nivel y diseño de investigación	23
1.8.2. Métodos de investigación	25
1.8.3. Estrategias o procedimientos de recogida, análisis e interpretación de información.....	27
1.8.4. Técnicas e instrumentos.....	28
1.8.5. Contexto.....	29
1.8.6. Unidad de análisis.....	29
1.8.7. Análisis de datos	29

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	30
2.1. Antecedentes	30
2.2. Bases teóricas	34
2.2.1. El derecho al trabajo.....	34
2.2.2. Contrato de trabajo	47
2.2.3. Supuestos de suspensión laboral	59
2.2.4. Extinción del contrato de trabajo	63
2.2.5. El despido.....	66
2.2.6. La reposición laboral.....	98
2.3. Definición de términos.....	109
CAPÍTULO III: RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN	113
3.1. Resultados doctrinarios	113
3.1.1. El contenido esencial del derecho al trabajo	113
3.1.2. Protección frente al despido arbitrario	115
3.1.3. Regímenes de protección contra el despido arbitrario	121
3.1.4. Marco general sobre la estabilidad laboral.....	122
3.2. Resultados jurisprudenciales	129
3.2.1. El trabajo desde la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	129
3.2.2. Protección contra el despido arbitrario	132
3.2.3. La estabilidad laboral en la casuística.....	158
3.3. Resultados normativos de carácter supranacional.....	159
3.3.1. Instrumentos internacionales que reconocen el derecho al trabajo	159
3.3.2. Evolución de los modelos normativos de protección frente al despido en la legislación peruana.	160
3.3.3. El despido arbitrario en el derecho comparado.....	162
3.3.4. Las normas internacionales de trabajo	175
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS	178
4.1. Discusión doctrinaria	178
4.1.1. Posturas o argumentos a favor	178
4.1.2. Posturas o argumentos en contra.....	181
4.1.3. Posturas o argumentos personales.....	183
4.2. Discusión jurisprudencial.....	184
4.2.1. Análisis o discusión de los criterios del TC	184
4.2.2. Análisis o discusión de los criterios de la Corte Suprema	187
4.3. Discusión normativa de carácter supranacional	188

4.3.1. Análisis de la normativa interna.....	188
4.3.2. Análisis de la normativa comparada	190
4.3.3. Análisis de la normativa supra nacional	191
4.4. Validación de hipótesis	194
4.4.1. Validación de hipótesis general	194
4.4.2. Validación de hipótesis específicas.....	197
CONCLUSIONES	208
RECOMENDACIONES	211
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	214

RESUMEN

El propósito de la presente tesis fue determinar la necesidad de incorporar normativamente la reposición frente al despido arbitrario en el Perú; para lo cual se realizó una investigación de tipo dogmática, no experimental, transversal, descriptiva, donde la unidad de análisis estuvo constituida por la doctrina, jurisprudencia y normatividad supranacional. Los métodos empleados fueron: el dogmático, exegético, hermenéutico y la argumentación jurídica; entre las técnicas de investigación empleadas para estos fines, se tiene al fichaje y al análisis de contenido, utilizándose como instrumentos de recolección de datos a las fichas literales, de resumen, comentario, crítica y ficha de análisis documental.

Teniendo como resultado que ante la afectación del derecho al trabajo a través de un despido arbitrario, la legislación laboral peruana contenida en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral únicamente ha previsto el pago de una indemnización como protección resarcitoria del daño causado, sin admitir el contenido esencial del derecho fundamental y constitucional al trabajo, ni mediar que jurisprudencialmente se ha validado la reposición ante la configuración de un despido arbitrario, sea en su modalidad de fraudulento e incausado. Siendo esto así, ha quedado demostrado que urge reconocer legalmente un sistema de eficacia restitutoria en caso de que el despido no tenga causa motivada, optando no solo por establecer la reposición como reconocimiento de estabilidad laboral, sino además concentrando un dispositivo legal que garantice seguridad jurídica en su regulación propiamente dicha.

Palabras claves: Derecho al trabajo, Estabilidad laboral, Principio protector, Principio de continuidad laboral, Reposición laboral, Indemnización.

ABSTRACT

The purpose of this thesis was to determine the need to incorporate the reinstatement of arbitrary dismissal in Peru; for this purpose, a dogmatic, non-experimental, transversal, descriptive research was carried out, where the unit of analysis was constituted by doctrine, jurisprudence and supranational regulations. The methods used were: dogmatic, exegetic, hermeneutic and legal argumentation; among the research techniques used for these purposes, we have the file and the content analysis, using as instruments of data collection the literal, summary, commentary, criticism and documentary analysis files respectively.

As a result, when the right to work is affected by an arbitrary dismissal, the Peruvian labor legislation contained in the Law of Labor Productivity and Competitiveness has only provided for the payment of a compensation as indemnification for the damage caused, without admitting the essential content of the fundamental and constitutional right to work, and without admitting that jurisprudence has validated the reinstatement before the configuration of an arbitrary dismissal, either in its fraudulent or unjustified modality. This being so, it has been demonstrated that it is urgent to legally recognize a system of restitutionary effectiveness in the event that the dismissal does not have a justified cause, opting not only to establish reinstatement as a recognition of labor stability, but also concentrating a legal provision that guarantees legal certainty in its regulation itself.

Key words: Right to work, Labor stability, Protective principle, Principle of labor continuity, Labor replacement, Compensation.

INTRODUCCIÓN

Durante la última década, en el Perú los despidos han aumentado la tasa de desempleo, paralelamente muchos de estos trabajadores no lograron reinsertarse en el mercado laboral en forma adecuada, teniendo que acudir a empleos de tipo informal, por ello el efecto indemnizatorio previsto por ley frente al despido arbitrario no ha sido el deseado por nuestra sociedad.

Es evidente que la falta de equilibrio entre las partes involucradas en la relación laboral presente un elevado índice de lesión a los derechos fundamentales del trabajador, más aún cuando se legitima el ejercicio del poder de dirección por parte del empleador, quién desde el surgimiento del vínculo laboral determina las condiciones de la prestación, quedando el trabajador sujeto a la subordinación económica y funcional.

De ahí que el despido constituya una potestad del empleador para extinguir la relación laboral de forma unilateral, cuya eficacia es inmediata y se presume válida. Sin embargo, ello no implica que su actuación no esté sujeta a límites de orden normativo, por los cuales pueden ser objeto de impugnación por parte del trabajador.

En la actualidad, con la entrada en vigencia de la Ley 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo, los juzgados laborales han asumido la carga laboral sobre las diversas demandas de reposición frente al despido en todas sus modalidades, los cuales antes se tramitaban ante la jurisdicción constitucional vía proceso de amparo, pero que han ido siendo determinadas a partir del desarrollo de los Plenos Jurisdiccionales I y II en materia laboral.

De esta práctica judicial, se advierte de las resoluciones emitidas por los jueces laborales, incluida la Corte Suprema, que importa la calificación del despido -sea esta nulo, incausado o fraudulento- como límite para otorgar la reposición pese a la existencia de un despido con vulneración al derecho fundamental tutelado, reduciendo el criterio a la denominación que se haya consignado en el petitorio respecto al tipo de despido acaecido, estos criterios de interpretación del acto lesivo conllevan a limitar una adecuada protección contra el despido arbitrario, sobre la base que en todos los casos el trabajador recurre cuando se le ha extinguido la relación laboral; por ello, es indispensable analizar el grado de afectación de los derechos fundamentales cuando se aplica de forma arbitraria la sanción de despido.

El Tribunal Constitucional, cuyo rol en el tiempo ha sido fundamental para la inserción del derecho constitucional en las relaciones de trabajo, ha modificado en su quehacer el modelo de protección contra el despido arbitrario, precisando el contenido normativo del derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario, ha reconocido la reposición como un mecanismo de protección frente al despido arbitrario o lesivo de derechos fundamentales.

La discusión se plantea entonces a partir de la falta de uniformidad en la aplicación de criterios interpretativos que delimitan los supuestos del despido, sin considerar que su calificación jurídica puede ser solucionada con la dación de una norma única y precisa que contemple como regla una adecuada protección reparadora del daño evidentemente causado por la arbitrariedad del cese, donde quede al albedrio de los justiciables optar por una tutela restitutoria o resarcitoria.

En ese orden de ideas, se ha estructurado el presente trabajo en cuatro capítulos: el Capítulo I, se encuentra referido al problema y la metodología de la

investigación, en la cual de acuerdo al diseño de la investigación científica se elaboró desde el planteamiento del problema, la formulación del problema, los objetivos, hipótesis y la metodología empleada. El Capítulo II, desarrolla el marco teórico donde se han planteado los antecedentes de la investigación, las bases teóricas y la definición de términos relacionados a la investigación, de los cual en base a la técnica del fichaje se elaboraron el sustento teórico-doctrinario-jurisprudencial. El Capítulo III, está enmarcado en los resultados y análisis de la información, en la cual se procedió al recojo de información en base a las variables de investigación, para luego ser analizados en base a la técnica del análisis desde un enfoque cualitativo. Por último, en el capítulo IV, precisa la discusión y validación de la hipótesis, donde se logró justificar la hipótesis planteada en base a los resultados obtenidos y los fundamentos que justifican su validación desde una posición argumentativa.

La titulando.

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema

En principio, el derecho al trabajo es un derecho constitucional por excelencia, tanto por el hecho de acceder a un puesto de trabajo como la protección en su continuidad; siendo este el contexto en el que se desarrollan las relaciones laborales en el Perú. Sin embargo, siempre existen circunstancias o hechos que contravienen a su desenvolvimiento normal o armónico, ya sea por parte del trabajador a través de la comisión de faltas relacionadas con su capacidad o conducta generando un cese válido o en su defecto, por los empleadores quienes en el ejercicio abusivo de su potestad despiden arbitrariamente a los trabajadores.

Siendo esto así, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) contenida en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 estableció como escenario legal de protección resarcitoria el derecho del trabajador de impugnar judicialmente su despido para que una vez declarado mediante sentencia judicial, obtenga una indemnización como única reparación por el daño sufrido; todo ello hasta el 11 de julio del año 2002, cuando el Tribunal Constitucional emitió una emblemática sentencia a través de un proceso de amparo contenido en el Exp. N° 1124-2001-AA/TC¹ mediante la cual el máximo intérprete de nuestra Constitución Política del Estado precisó que la forma de protección establecida por el Art. 27° del mismo cuerpo legal no puede ser sino la de retrotraer el estado de las

¹Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A y Fetratel.

cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, concluyendo con ello que la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo y que por su parte la indemnización sería únicamente una forma de restitución complementaria si así lo determinará el trabajador; por tales consideraciones y ejerciendo control difuso en un proceso de tutela de derechos se ordenó la reposición de los trabajadores demandantes.

Entonces a partir de esta sentencia un despido arbitrario era considerado plenamente un acto lesivo del derecho constitucional al trabajo, de este modo nació la reposición del trabajador como el restablecimiento del derecho vulnerado por inaplicación al caso concreto del dispositivo legal que establece la indemnización como única reparación; en este contexto y si bien el Tribunal Constitucional realizó esfuerzos inmensurables por explicar que los efectos de la sentencia comentada era solo para el caso en concreto, no se pudo evitar que todo trabajador despedido arbitrariamente presente una demanda de amparo con el objeto de que el acto lesivo sea declarado judicialmente nulo, restituyéndole su derecho al trabajo como consecuencia de ello.

Es en este contexto que, el amparo fue enmarcándose como la vía procesal idónea para el tránsito de las pretensiones constitucionales destinadas a la declaración del despido arbitrario en sede constitucional; y efectivamente transcurrió así durante catorce años, extendiendo sus efectos en el desarrollo de nuevas figuras de despido arbitrario en sus modalidades de incausado y fraudulento determinadas con la emisión de la sentencia contenida en el Exp. 00976-2001-AA/TC publicada por el Tribunal Constitucional el 13 de marzo del año 2003 y la justicia laboral, vía Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral del 2012,

reconociendo la posibilidad de reposición frente al despido nulo, incausado y fraudulento.

Todo ello hasta que el mismo Tribunal Constitucional emitiera la sentencia recaída en el Exp. N° 370-2013-PA/TC, a partir de la cual los jueces invocando su aplicación comenzaron a declarar improcedente las demandas de amparo laboral, fundamentando su razón en la existencia de una vía procesal igualmente satisfactoria, esto es el proceso abreviado laboral con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Ahora bien y cuando todo iba por el cauce descrito, el 30 de enero del 2017 el Tribunal Constitucional publicó en su website la sentencia emitida en el proceso de amparo contenido en el Exp. 1647-2013-PA/TC-Cusco “Caso Norman Guido Vera Masciotti”²; a través de la cual se cambió radicalmente la perspectiva asumida por el máximo intérprete constitucional respecto a la posición de asumir que la reposición constituía una adecuada protección contra el despido arbitrario, para ahora establecer en esta sentencia “24(...) el proceso de amparo procede exclusivamente en defensa de los derechos revestidos de adecuado sustento constitucional, muy por el contrario, la estabilidad laboral no encuentra asidero en nuestro ordenamiento constitucional.

Por tanto, en ningún caso podrá utilizarse la vía de amparo para tutelar un inexistente derecho a la estabilidad en el trabajo o reposición laboral”, ello en razón al análisis efectuado del texto constitucional actual en comparación al texto del año

² La pretensión contenida en la demanda que da origen a este proceso de amparo es resumida en la propia sentencia "1. El objeto de la demanda es ordenar la reincorporación del recurrente como trabajador a plazo indeterminado en el cargo de Técnico Agropecuario - Técnico II, por haber sido víctima de un despido incausado. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario".

1979, mediante la cual concluyeron que la Constitución dejó de amparar un régimen de estabilidad laboral absoluta y determinó que la reposición no es un mecanismo adecuado de protección contra el despido arbitrario.

Frente a este panorama resulta inevitable advertir el apartamiento intempestivo de la jurisprudencia constitucional enmarcada por la que muchos trabajadores obtuvieron tutela jurisdiccional constitucional frente al despido arbitrario y por la que ahora no solo dejarán de tenerla en sede constitucional, sino, además, en sede ordinaria laboral; siendo más compleja la situación para quienes tengan que aplicar la sentencia Vera Masciotti, cuando ella sea invocada, con la que estarán frente a una disyuntiva de cuál de las sentencias tiene “formalmente” un peso mayor; toda vez que como se ha advertido la regulación normativa en nuestro ordenamiento jurídico laboral es aún insuficiente, tornando consecuentemente incierta la labor de los jueces constitucionales y ordinarios quienes tendrán que tomar decisiones en los casos concretos que conozcan cuando esta última sentencia sea invocada en los estrados judiciales.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Qué fundamentos jurídicos justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿Qué limitaciones regula actualmente la legislación laboral ante un despido arbitrario en el Perú?

- ¿Qué fundamentos doctrinarios justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú?
- ¿Qué fundamentos jurisprudenciales justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú?
- ¿Qué fundamentos normativos de carácter supranacional justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú?

1.3. Importancia del problema

Habiendo determinado la existencia de un escenario legal incierto respecto a la interpretación y consecuente reconocimiento de la reposición o readmisión al puesto de trabajo como efecto consustancial de la declaratoria de un despido arbitrario y ante la evidente vulneración del contenido esencial del derecho al trabajo y los propios principios que inspiran el derecho laboral peruano; merece prioritaria atención el análisis conjunto e integral de las posiciones establecidas por nuestro sistema jurídico peruano en el desarrollo de los supuestos de despido.

Siendo más aún imperiosa la necesidad de adecuar los parámetros normativos ya establecidos en un sistema de protección restitutoria en el entendido que la reposición laboral es una forma de protección adecuada frente al despido arbitrario y que cualquier forma de desconocimiento resultaría una plena transgresión a los derechos inherentes del trabajador y los que regulan su relación laboral; resultando trascendental para quienes nos encaminamos por el sendero

prodigioso del derecho, la investigación y búsqueda de mecanismos adecuados que permitan deliberar la problemática constante que surge como resultado natural de la evolución de las instituciones jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

1.4. Justificación y viabilidad

1.4.1. Justificación teórica

La presente investigación se encuentra abocada al necesario estudio y análisis de la posición problemática asumida por nuestro sistema jurídico peruano en el desarrollo de la tutela de derechos subjetivos del trabajador frente al despido arbitrario, bajo la consigna de otorgar adecuada protección conforme a lo dispuesto por mandato constitucional.

1.4.2. Justificación práctica

La utilidad de la investigación recae principalmente en el aporte instrumental a la solución del conflicto jurídico surgido en el planteamiento de las pretensiones relacionadas con la reposición laboral, la misma que consideramos determinar con el restablecimiento del ejercicio del derecho al trabajo frente al despido arbitrario como adecuada protección.

1.4.3. Justificación legal

➤ Constitución Política del Perú

Art. 2° inc. 8°. *“A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto.*

El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión”

Artículo 14°. *“(...) Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país. La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo (...)”*

➤ **Ley Universitaria N° 30220**

Artículo 6°. Fines de la universidad

“La universidad tiene los siguientes fines: (...) 6.6. Difundir el conocimiento universal en beneficio de la humanidad.”

Artículo 48°. *“La investigación constituye una función esencial y obligatoria de la universidad (...). Los docentes, estudiantes y graduandos participan en la actividad investigadora en su propia institución o en redes de investigación nacional o internacional, creadas por las instituciones universitarias públicas o privadas”.*

➤ **Estatuto de la UNASAM**

Artículo 119°. *“La obtención del título profesional que confiere la Universidad a nombre de la Nación exige los requisitos siguientes: a) Tener el grado académico de bachiller en la especialidad; b) Adecuarse a una de las siguientes modalidades: La presentación, sustentación y aprobación de la tesis ante jurado”.*

➤ **Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

Art. 23°. *“El bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, podrá optar por el Título Profesional de Abogado, acogiéndose a las siguientes modalidades: a) Presentación, sustentación y aprobación de tesis. (...)”*

1.4.4. Justificación metodológica

La metodología aplicada es de la investigación científica como modelo general y de la investigación jurídica, en particular, desarrollando sus diferentes etapas, las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el diseño de investigación propio de este tipo de investigación.

1.4.5. Justificación técnica

Se contó con el soporte técnico, habiendo previsto una computadora personal, impresora, scanner, y el software respectivo Office 2020.

1.4.6. Viabilidad

a) **Económica:** Para realizar la presente investigación se contó con los recursos económicos para poder afrontar los gastos propios de la investigación, los cuales que estuvieron detallados en el presupuesto; y que han asumidos por el responsable de la investigación.

b) **Temporal:** El periodo de investigación donde se desarrolló la ejecución y de la presente investigación, así como la elaboración del informe final de la tesis correspondió al año 2019-2020.

- c) **Bibliográfica:** Para efectos de esta investigación se contó con la suficiente fuente de información en material bibliográfico físico como virtual a disposición, los mismos que sirvieron para desarrollar el marco teórico y validar las hipótesis.
- d) **Social:** Respecto al asesoramiento y monitoreo del presente trabajo se contó con el asesoramiento de especialistas en la materia, quienes contribuyeron al desarrollo integral y efectivo de la investigación.
- e) **Metodológico:** Asimismo para la parte metodológica se contó con el apoyo de los especialistas que corresponden a la materia.

1.5. Formulación de objetivos

1.5.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario del trabajador en el Perú.

1.5.2. Objetivos específicos

- Explicar las limitaciones que regula actualmente la legislación laboral ante un despido arbitrario en el Perú.
- Analizar los fundamentos doctrinarios que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú.

- Interpretar los fundamentos jurisprudenciales justifica la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú.
- Establecer los fundamentos de carácter supranacional que justifica la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú.

1.6. Formulación de hipótesis

1.6.1. Hipótesis general

Los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario del trabajador son doctrinarios, jurisprudenciales y normativos de carácter supranacional; todo ello en razón a que constituye una adecuada protección de naturaleza restitutoria del derecho al trabajo.

1.6.2. Hipótesis específicas

- En la actualidad la Ley de Productividad y Competitividad Laboral regula como única protección ante el despido arbitrario el pago de una indemnización. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha determinado la reposición del trabajador en las modalidades configuradas como despido incausado y fraudulento, por lo que la normatividad correspondiente debe ser ampliado en su contenido.
- Los fundamentos doctrinarios que justifican la incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú se concentran en la

acepción de que el despido constituye una anomalía jurídica por cuanto atentaría contra el principio de estabilidad en el empleo, principio que es la clave en el desarrollo del derecho individual del trabajo.

- Los fundamentos jurisprudenciales que justifican la incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú recaen fundamentalmente en lo establecido por sentencia 00976-2001-AA/TC y el Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral del 2012; mediante los cuales reconoce la readmisión al puesto de trabajo en caso de despido incausado y fraudulento.
- Los fundamentos normativos de carácter supranacional que justifican la incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú son el Convenio N° 158 de la OIT y la Convención Americana de Derechos Humanos con su Protocolo de San Salvador que establecen los lineamientos para la protección contra el despido estableciendo la tutela al trabajo restitutoria como la opción preferente destinada a la cautela del derecho al trabajo.

1.7. Variables

1.7.1. Variable independiente (X)

- Despido arbitrario del trabajador en el Perú

Indicadores

- Protección adecuada de eficacia restitutoria.
- Seguridad Jurídica en el reconocimiento de derechos laborales.

- Uniformidad en el Criterio Jurisprudencial.
- Técnicas Legislativas.

1.7.2. Variable dependiente (y)

- Incorporación normativa de la reposición

Indicadores

- Principios generales de relación laboral.
- Fundamentos doctrinarios.
- Fundamentos jurisprudenciales
- Fundamentos normativos de carácter supranacional

1.8. Metodología de la investigación

1.8.1. Tipo, nivel y diseño de investigación

1.8.1.1. Tipo de investigación

➤ De modo General

Corresponde por su finalidad a la denominada **investigación básica o teórica** (Sierra, 2001), la cual está orientada al conocimiento y comprensión de los fenómenos sociales, en este caso jurídicos.

➤ De modo específico

Corresponde a una Investigación Dogmática – Normativa, que posibilita ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio dogmático de los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición

frente al despido arbitrario del trabajador en el ordenamiento jurídico laboral peruano.

1.8.1.2. Nivel de investigación

Desde el punto de vista de la investigación científica corresponde al **nivel Descriptivo** (Encinas, 1987), el cual trata de informar sobre el estado actual de los fenómenos, que para nuestro caso el tema está relacionado a los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de incorporar normativamente la reposición frente al despido arbitrario del trabajador como una adecuada protección de naturaleza restitutoria del derecho al trabajo en el ordenamiento jurídico laboral peruano.

1.8.1.3. Tipo de diseño

Corresponde a la denominado Diseño **No Experimental** (Hernández *et al.*, 2010) debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad está centrada en estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

1.8.1.4. Diseño general

Se empleó el diseño **Transeccional o Transversal** (Hernández *et al.*, 2010) cuya finalidad ha sido recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito fue describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso se delimitó temporalmente para el periodo 2019-2020.

1.8.1.5. Diseño específico

Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y así poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

1.8.2. Métodos de investigación

Los métodos específicos empleados en la investigación fueron:

- **Método Dogmático.** Es el método de investigación Jurídica denominado también positivismo lógico, normativismo jurídico. Según este método el derecho debe ser interpretado en función del sistema que lo integra. “La dogmática jurídica, en general, se inscribe en el ámbito del pensamiento que ubica el derecho como una ciencia o técnica formal y, por consiguiente, como una variable independiente de la sociedad, dotada de autosuficiencia metodológica y técnica” (Ramos, 2011, p.93).

Para nuestra investigación este método fue empleado para la interpretación de la normatividad constitucional y laboral referido al estudio y comprensión de los fundamentos doctrinarios que justifican la necesidad de incorporar normativamente la reposición frente al despido arbitrario del trabajador como una adecuada protección de naturaleza restitutoria del derecho al trabajo en el ordenamiento jurídico laboral peruano.

- **Método Hermenéutico.** “En el Derecho se aplica la interpretación como método y como técnica, no tan solamente para las normas (textos legales), se incluyen las teorías, reglas del Derecho consuetudinario, principios,

contratos, resoluciones judiciales, hechos empíricos o formales de relevancia jurídica” (Aranzamendi, 2015, p. 105).

- **Método de la Argumentación Jurídica.** La argumentación jurídica es el medio con el cual se sustenta el Derecho. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Al respecto Larenz (2001) precisa que:

Metódicamente, argumentar significa indicar las razones que permiten que una afirmación aparezca justificada, acertada o al menos discutible. Las razones para alcanzar esta meta tienen que ser propuestas de tal modo que convengan al presunto participante en la discusión; la argumentación como método es el procedimiento ordenado del pensamiento que se lleva a cabo con ciertos pasos, sin que sea preciso; ciertamente que entre ellos exista una conexión de derivación lógicamente obligante. (p. 507)

En los procesos judiciales es necesario establecer por medio de la argumentación jurídica, el que se pueda probar los hechos, valiéndose de ciertos medios o indicios, que a menudo se contraponen unos a otros. La argumentación jurídica infiere, de los indicios, la existencia o inexistencia de otros hechos que son considerados, por la experiencia, como la única explicación práctica posible de tales indicios.

- **Método Exegético.** Tiene por finalidad de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método fue aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se realizó el estudio la de normatividad vigente relacionado a nuestro problema de investigación.

1.8.3. Estrategias o procedimientos de recogida, análisis e interpretación de información.

- (1) Para el recojo de la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica del análisis Documental, cuyos instrumentos estuvo basado en el análisis de contenido.
- (2) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica; además del esquema-modelo lógico demostrativo simple, el cual fue empleado en la validación de hipótesis a nivel teórico.

Para la obtención de información de la presente investigación se realizó a través del enfoque cualitativo que permitió recoger información sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no persiguió la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la doctrina y jurisprudencia.

- **Criterios:** Los criterios seguidos en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:
 - Identificación del lugar donde se buscará la información.
 - Identificación y registro de las fuentes de información.
 - Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
 - Sistematización de la información.
 - Análisis y evaluación de la información.

1.8.4. Técnicas e instrumentos

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica del análisis documental, empleándose como su instrumento el análisis de contenido, en base al cual recogimos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la Técnica Bibliográfica, con sus instrumentos las fichas: Textual, de comentario, de resumen y las fichas críticas.

Para el estudio de la normatividad se aplicó los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

Además, la validación de hipótesis se efectuó empleando la lógica demostrativo simple y la demostración lógica proposicional.

1.8.5. Contexto

El lugar donde se desarrolló la investigación fue la ciudad de Huaraz.

No existe una delimitación de la muestra de estudio, debido a la naturaleza de la investigación que son de alcance a nivel nacional, además porque no se recogió datos empíricos para su tratamiento, por ello no se empleó técnicas de análisis estadístico.

1.8.6. Unidad de análisis

La unidad de análisis en la presente investigación estuvo conformada por:

Documentales, tales como la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad.

La estructura de la unidad de análisis estuvo comprendida por:

- **Unidad temática:** consistente en el tema del contenido que se estudió.
- **Categorización del tema:** Parte esencial de la metodología, se establece y especifica las categorías dentro del análisis.
- **Unidades de registro:** en esta etapa se delimitan y dan curso al análisis de categorías. Aquí se cuentan las apariciones de las referencias, las que estarán delimitadas según los objetivos.

1.8.7. Análisis de datos

Los datos que se obtuvieron con los instrumentos fueron evaluados en base a la teoría de la argumentación jurídica, toda vez que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Efectuada la revisión de tesis sustentadas que obran en la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de nuestra Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos afirmar que la investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica que se presenta en la regulación normativa del despido arbitrario en el ordenamiento jurídico peruano.

Por otra parte, en la búsqueda de otras universidades a nivel nacional, se ha encontrado:

La investigación de Santa Cruz (2015), titulado “*La inclusión de la Ley 728 - El despido Incausado, Fraudulento para la Didáctica profesional bajo el régimen de la actividad privada*”, tesis para obtener el título profesional de abogado por la Universidad Señor de Sipán - Pimentel; donde arriba a las siguientes conclusiones:

- Que el Decreto Legislativo 728 “Ley de Productividad y Competitividad Laboral, al regular únicamente el despido nulo; no indica una buena orientación a la comunidad jurídica en el ejercicio de las pretensiones sobre despido incausado o fraudulento.
- Los trabajadores no responden personalmente por las imputaciones que determina la falta grave, es por eso que el trabajador demandante debe

encaminar bien las pretensiones, motivo por el cual se debe tener una legislación adecuada a fin de que los defensores no tengan error en la conducción del proceso de nulidad del despido nulo, incausado y fraudulento.

- Que el despido nulo codificado en el Decreto Legislativo 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral se establece: la reposición y el pago de remuneraciones y el despido incausado y fraudulento solo resuelve la reposición, mas no el pago de remuneraciones, con lo que se hace una discriminación ante la igualdad ante la ley, por lo tanto es necesario tener un ordenamiento con el segundo pleno jurisdiccional en materia laboral que establece una pretensión de reposición de despido incausado o despido fraudulento, lo cual el único paso es el juzgado especializado de trabajo.

La investigación de Pérez (2016), titulado “*Protección contra el despido arbitrario, Expediente N° 01124-2001-AA/TC-Caso: Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A y FETRATEL Lima*”, tesis para obtener el título profesional de abogada por la Universidad Científica del Perú - Loreto; donde arriba a las siguientes conclusiones:

- El segundo párrafo del artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, medida legal o infraconstitucional dispuesta por el legislador para proteger adecuadamente al trabajador contra el despido arbitrario, es inconstitucional, ya que vacía de contenido al derecho fundamental al derecho fundamental al trabajador, pues siempre debe procurarse alcanzar

mayores niveles de protección contra este tipo de actos, siendo que la indemnización no puede considerarse como el más alto nivel de protección.

- En virtud de lo expuesto, existen pues, dos regímenes o mecanismos de protección frente al despido arbitrario, uno legal (la indemnización) y otro procesal o constitucional (reposición). El primero encuentra sustento, sobre todo en lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 728, el segundo encuentra sustento en la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional.
- Entre ambos mecanismos, consideramos que la reposición constituye el mecanismo protector, por antonomasia, del que dispone el trabajador para hacer frente al despido del que fuere víctima. Esto es así, porque dicho mecanismo se aproxima más a la naturaleza tuitiva de nuestra Constitución Política para con el trabajador, según el cual siempre debe procurarse alcanzar mayores niveles de protección contra estos tipos de actos, hecho que es armonioso con las disposiciones contenidas en los diferentes tratados internacionales que tratan sobre la materia y fueron suscritos y ratificados por nuestro país.

La investigación de Garavito (2016), titulado *“Indemnización por Despido Arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los operadores jurídicos de la Corte Superior de Justicia de Lima Este 2016”*, tesis para obtener el título profesional de abogada por la Universidad Cesar Vallejo - Lima, donde arriba a las siguientes conclusiones:

- Nuestra legislación laboral, aplica el principio de igualdad para todos los trabajadores, en el caso de la indemnización por despido arbitrario para aquellos empleados que tienen más de 8 años de servicios, se les está dando un trato desigual, ya que nos les corresponde recibir más que el tope establecido por ley.
- Es necesario que el legislador considere la reposición ante un despido arbitrario, y no solo el resarcimiento económico, ya que cabe la posibilidad para el trabajador de no encontrar un empleo, con los mismos beneficios que le ofrecía su antiguo empleador, sino que le den la posibilidad de elegir entre el resarcimiento económico o la restitución a su puesto de trabajo.
- Se viene causando un daño moral al trabajador, siendo que se da una lesión sentimental, afectiva y emocional, pues el cese intempestivo puede ocasionar sufrimiento y angustia, que se refleja en el decaimiento de su persona y es de difícil probanza y cuantificación, también se le causa un perjuicio económico, ya que recibía se ve recortada, afectando así el proyecto de vida, que tiene toda persona tiene, cuando es despedido de forma intempestiva, este proyecto se ve truncado, que puede ser a corto o largo plazo.

Asimismo, en la búsqueda de otras universidades a nivel internacional, se ha encontrado: La investigación de Castillo (2002), titulado “*Hacia una nueva interpretación del despido sin justa causa*”, tesis para obtener el título profesional de abogado por la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, donde arriba a las siguientes conclusiones:

- La consagración del despido sin justa causa, no es otra cosa que el desarrollo de la estabilidad relativa o imperfecta de nuestro ordenamiento, y este tipo de legislaciones no garantizan del todo la permanencia en el empleo, deben los trabajadores, propender por una relación laboral en el cual puedan desarrollarse tanto profesional, como personalmente, de manera leal, honesta y armoniosa y productiva.
- La mentalidad que distancia a trabajadores de empleadores se deriva de la utilización de una terminología inadecuada desde el punto de vista social, (...) por lo tanto, de una mejor redacción de las normas estudiadas, se darían mejores resultados en el largo plazo hacia una nueva concepción de la terminación de la relación laboral
- El legislador laboral en desarrollo a la inspiración proteccionista que en buena hora consagra su ordenamiento laboral, y teniendo en cuenta la desigual relación entre unos y otros que se va revaluando, consagra una responsabilidad más que objetiva es de carácter social.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El derecho al trabajo

2.2.1.1 Aproximaciones conceptuales

El derecho al trabajo ha sido reconocido universalmente en tratados internacionales y textos constitucionales. En el Perú, ha sido reconocido en el numeral 15) del artículo 2° de la Constitución Política vigente, estableciéndose que: “Toda persona tiene derecho a trabajar libremente (...). Asimismo, el artículo 22°

del mismo cuerpo legal indica que “El trabajo es un deber y un derecho. Es base de bienestar social y un medio de realización de la persona”; en este entendido nuestra Constitución reconoce al trabajo como un deber y derecho, otorgándole una doble dimensión que a decir de Bernales (1995) citado por Cuba (2017) “concretamente, el artículo 22 otorga al trabajador la doble determinación jurídica de deber y derecho, que bien podría parecer contradictorio si no se repara en la doble significación que tiene para la sociedad, el individuo y su entorno familiar” (p. 39).

Semánticamente, el derecho es la posibilidad de hacer o exigir lo que la ley establece; también puede decirse que es aquello que se pretende por ser legítimo o razonable. Por otro lado, se define al trabajo como toda actividad humana que tiene dos finalidades, la primera, procurar retribución económica que permita cubrir las necesidades materiales de la persona, y la segunda finalidad, permitir el desarrollo personal de los individuos.

Por lo tanto, podríamos decir que semánticamente debe entenderse el derecho al trabajo como aquella pretensión legítima y razonable de toda persona de realizar una actividad que le permita obtener los recursos necesarios (derecho de acceso al trabajador).

Esta es una definición superficial y muy general, ya que consideramos que el derecho al trabajo engloba aspectos mucho más específicos, que son de vital importancia, a tener en cuenta por tratarse, sin lugar a dudas, de un derecho humano de reconocimiento universal, contemplado y protegido por todos los ordenamientos jurídicos del mundo. (Cuba, 2017, p.27)

Por su parte Toyama (2005) refiere que:

En nuestro medio el derecho al trabajo ha tenido una interpretación constitucional que ha evolucionado notablemente, a tal punto que, seguramente, es el derecho que suele ser más utilizado por el Tribunal Constitucional en las sentencias de amparo laborales. Diríamos que, de un derecho interpretado tradicionalmente como programático o de preceptividad aplazada, se ha pasado a un derecho con contenido concreto, inmediato y exigible mediante acciones de garantía. (p.512)

Asimismo, en relación a ello Jara (2017) precisa que:

En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer ni disminuir la dignidad del trabajador (artículo 23°, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre el empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral. Por esta razón, la culminación de la

relación laboral por voluntad unilateral del empleador, debe también plantearse tomando como base la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales. (pp. 155-156)

El derecho al trabajo ha tenido una interpretación constitucional que ha evolucionado notablemente, a tal punto que es, el derecho que suele ser más utilizado por el Tribunal Constitucional en las sentencias de amparo laborales que se tramitaban. Diríamos que, de un derecho interpretado tradicionalmente como programático o de preceptividad aplazada –y cuyo alcance se reducía a un escueto desarrollo interpretativo–, se ha pasado a un derecho con un contenido concreto, inmediato y exigible mediante acciones de garantía – especialmente desde el año 2002 donde el TC declaró inconstitucionales las normas que prevén que la indemnización es la reparación ante un despido, desde ahí surgieron diversos cuestionamientos con respecto al alcance tutelar. (Toyama, 2018)

Siendo esto así, se puede establecer que el derecho al trabajo es la base para la realización de otros derechos humanos conexos y para llevar una vida en dignidad, lo que implica la oportunidad de desarrollarse mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, por lo que los estados están obligados a garantizar la disponibilidad de orientación técnica y profesional, y a tomar las medidas adecuadas para favorecer un entorno propicio para el fomento de oportunidades de empleo productivo, asimismo los estados deben garantizar la eliminación de actos discriminatorios en relación a todas las condiciones de trabajo.

En este orden de ideas cabe señalar que el derecho al trabajo se encuentra estrechamente relacionado a las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, y los derechos relacionados con los sindicatos, por lo que los estados de igual manera están obligados a garantizar salarios justos, el mismo que deberá ser establecido en proporción al trabajo desplegado, esto a fin de garantizar a los trabajadores un salario mínimo que permita una vida digna para su propio bienestar y de sus familias; por ello las condiciones de trabajo deben ser las más óptimas.

2.1.1.2. Principios del derecho del trabajo

2.1.1.2.1 Principio protector

Este principio conocido como el tuitivo, es el que inspira a todo el derecho del trabajo y se funda en la desigualdad de posiciones existente entre empleador y trabajador, manifestada en la subordinación de este hacia aquél; por lo que en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad responde a la necesidad de establecer un amparo preferente a una de las partes que es el trabajador; en consecuencia el principio protector o de tutela busca compensar la desigualdad existente en la realidad con una desigualdad de sentido opuesto.

Al respecto la STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, en la exposición de sus fundamentos precisa que:

Para hacer frente ello [es decir a la asimetría subsistente en la relación laboral] se afirman los principios protectores de igualdad compensatoria, por el cual, reconociéndose la existencia asimétrica de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma.

Entonces, la estructura del derecho del trabajo tiene como base sólida al principio protector en respuesta a la desigualdad existente entre el trabajador y empleador, asumiendo a través del Estado un equilibrio y amparo a la parte más débil de la relación laboral.

Siendo esto así, García *et al.* (2016) señalan que:

En efecto, la razón de ser del Derecho de Trabajo es, antes que buscar la igualdad entre las partes, principalmente “responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”. El principio protector es el sustrato mismo del Derecho Laboral, todas las normas jurídicas que lo componen están dirigidas a ese sentido.

A partir de este principio la doctrina reconoce las siguientes reglas:

- *Indivuo pro operario*, que ha sido elevado a la categoría de principio por nuestra Constitución Política del Estado.
- Norma más favorable.
- Condición más beneficiosa. (p.12)

2.2.1.2.2. Principio de irrenunciabilidad de derechos

A través del principio de irrenunciabilidad se contempla que el trabajador tendrá derechos indisponibles que prevén mínimos que este no podrá disponer.

Cabe señalar que existen dos posiciones que interpretan su sentido; al respecto Higa (2018) señala que:

Bajo la teoría objetiva, que fundamenta el principio de irrenunciabilidad de derechos en la naturaleza de orden público de las normas laborales, la ausencia de poder negocial del trabajador

respecto de su empleador derivada de la desigualdad propia de la relación laboral no tiene ninguna importancia. Por ello, a pesar que el trabajador es tan desigual cuando renuncia de un derecho nacido de una norma imperativa –dado su carácter de orden público-, que cuando renuncia a un derecho nacido de un acto no normativo, el principio de irrenunciabilidad solo proscribe las renunciaciones en el primer supuesto. A su vez, por esa misma razón el principio de irrenunciabilidad de derechos alcanza también a las renunciaciones formuladas por las organizaciones sindicales; asimismo, a aquellas renunciaciones que resulten favorables y/o efectivamente deseadas por el titular del derecho. (p.46).

Mientras que:

Según la teoría subjetiva, el principio de irrenunciabilidad de derechos constituye un mecanismo de defensa del trabajador que, como parte débil de la relación laboral, carece de poder de negociación. En este sentido, y salvo prueba en contrario, se presume que ha existido un vicio en el consentimiento del trabajador que invalida su decisión de renunciar a sus derechos. (Higa, 2018, p.50)

Para concluir podemos considerar la acepción precisada por Paredes (2010) quién señala que:

El principio de irrenunciabilidad de derechos puede entenderse como la prohibición para no desprenderse de ciertos derechos bajo determinados parámetros. Supone la negación a la validez de todo acto de disposición que efectuó el trabajador respecto a sus derechos

reconocidos por normas imperativas, constituyéndose como una restricción a la autonomía de la voluntad de las partes, quedando justificado esto en la desigualdad existente entre las partes de la relación de trabajo. En virtud de lo expuesto queda clara la importancia de tener en cuenta la diferencia entre normas imperativas y dispositivas, todo ello en razón de que el principio de irrenunciabilidad opera frente a las primeras. (p.83)

2.2.1.2.3. Principio de la continuidad de la relación laboral

El principio de continuidad, permanencia o estabilidad, parte de la premisa de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, es decir de duración prolongada en el tiempo entre el empleador y el trabajador. Este principio expresa la tenencia actual del derecho de trabajo de atribuir la más larga duración a la relación laboral desde todo punto de vista; se tiene entonces preferencia por los contratos de duración indefinida, haciendo resistente a las circunstancias en que se pueda alterar ese carácter, de tal manera que el trabajador pueda trabajar mientras exista fuente de trabajo salvo excepciones que puedan limitar legítimamente la duración del empleo o su terminación por causas específicas.

Por ello, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 1874-2002-AA/TC precisó que hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando las labores que se van a prestar (objeto del contrato) son de naturaleza temporal o accidental.

Y es que, como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos,

e incluso sanciones cuando a través de estos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación laboral por tiempo indeterminado.

Al respecto la STC Exp.N° 0396-2012-PA/TC ha puntualizado lo siguiente:

En este sentido el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR opera como un límite a la contratación temporal, ya que solo los empleadores podrán contratar trabajadores con contratos de trabajo sujetos a modalidad “en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece”, pues en caso contrato de trabajo será considerado de duración indeterminada.

Por su parte Ávalos (2017) precisó que en otros casos donde se observa la presencia de este principio es cuando se repone a un trabajador a su empleo, lo que a su decir representaría la reconstrucción del vínculo laboral, como si este nunca se hubiera interrumpido, de lo que se entiende que dicho cese no ha mellado la relación laboral, toda vez que el empleador posteriormente está en la obligación de pagar las remuneraciones y beneficios laborales devengados.

2.2.1.2.4. Principio de primacía de la realidad

En términos generales, Pasco (1994) señala que:

El principio de primacía de la realidad se define doctrinariamente como aquel supuesto en el que de presentarse discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge en documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a los que sucede en el terreno de los hechos. (p.05)

Siendo ello así, tenemos que en atención al carácter tuitivo del que se encuentra impregnado el Derecho Laboral, y a efectos de garantizar la protección del trabajador frente a esta clase de actos surge el principio de primacía de la realidad, el cual se aplicará en los casos en que se quiera vulnerar los derechos de

los trabajadores, pretendiendo eludir los beneficios que le corresponden por tener tal condición, basándose en clausular acuerdos contractuales que esconden verdaderas relaciones laborales.

Ahora bien, respecto a la naturaleza implícita que conlleva este principio la Corte Suprema ha precisado en la Casación N°2009-2006 UCAYALI lo siguiente:

[...] Que, constituyendo punto fundamental de la Litis definir la naturaleza laboral o de vínculo habiente entre los colitigantes, las instancias de mérito no deben de perder de vista que su examen debe ser efectuado bajo el marco del Principio de Primacía de la Realidad o de Veracidad, que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento, concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de 1993, que ha visto al trabajo como un deber y derecho , base de bienestar social y medio de realización de la persona (artículo 22°); y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°), que delimita que el Juez, en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, es decir, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el Contrato de Trabajo constituye un contrato real. Esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación.

En este sentido se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración).

Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación

laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo.

2.2.1.2.5. Principio in dubio pro operario

Al respecto Pasco (1994) hace referencia a ciertos antecedentes en los siguientes términos:

El reconocimiento del carácter especial del derecho del trabajo importa el rechazo del principio admitido en el derecho privado, según el cual los casos dudosos deben resolverse en favor del deudor (in dubio pro reo). Este principio, que en un primer tiempo fue ampliamente aplicado aun en el campo de las relaciones laborales, por considerárselas como excepciones a los principios del derecho privado, no puede ser ya admitido, una vez que se reconoce la autonomía del derecho del trabajo, se admite su carácter especial y se acepta que su propósito consiste en otorgar un amparo a la parte débil en el contrato de trabajo; parte más débil que, precisamente a consecuencia de su debilidad, se halla en la mayoría de los casos en la situación de parte acreedora. Si el derecho privado acepta el principio del favor pro reo es porque, en la generalidad de las relaciones civiles o comerciales, el deudor es el más débil y necesitado. Pero en las relaciones laborales ocurre exactamente lo contrario, puesto que en la generalidad de los casos el trabajador, cuya situación de debilidad frente al empleador constituye el supuesto básico del derecho laboral, se presenta como acreedor frente a su empleador. (p.06)

Por su parte el TC en la STC Exp. N° 008-2005-PI/TC indica que:

(...) se hace referencia a la traslación de la vieja regla del derecho romano *indubio pro reo*. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que, a pesar de los partes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado.

Siendo esto así, el principio *in dubio pro operario* se define como aquel principio que permite optar por la interpretación que más beneficios otorguen al trabajador. La misma que opera cuando una norma es oscura y tiene varias interpretaciones, así, no se admitirá como un principio que ayude a valorar las pruebas otorgadas por el trabajador de los hechos ocurridos, tampoco como regla de interpretación de un contrato de trabajo sino solo en caso de duda pero que esta no pueda deducirse bajo otros mecanismos interpretativos. Se aplicará tanto al trabajador concebido individualmente como a la organización sindical.

Cabe señalar que dicha disposición encuentra asidero en lo previsto por el numeral 3) del artículo 26° de la Constitución Política del Estado y en el artículo II del Título preliminar de la Ley Procesal del Trabajo.

En este entendido el TC en la sentencia recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC considera que la aplicación del referido principio está sujeta a las cuatro consideraciones siguientes:

- Existencia de una norma que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.

- Imposibilidad lógico – axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional
- Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de este, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

2.2.1.6. Principio de igualdad de oportunidades y no discriminación

La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica de la sociedad y es también un principio protector de la Organización del Estado Social y Democrático del Derecho y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.

A través de ello, se hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En pérdida, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley.

Por su parte Cuba (2017) precisa que “La igualdad de oportunidades – en estricto, igualdad de trato- obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.” (p. 49)

En este sentido, la discriminación en material laboral se produce cuando se afecta al trabajador en sus rasgos innatos como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación regulada por la Constitución.

Sin embargo, a decir del TC en el Exp. N° 0048-2004-PI/TC:

La igualdad además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación pues, del principio de desigual, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables

2.2.2. Contrato de trabajo

2.2.2.1 Marco legal

- Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 27°. Protección del trabajador frente al despido arbitrario

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

- TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo N° 003-97-TR)

Artículo 10°. Plazo del periodo de prueba

El periodo 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 periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

- Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Supremo N° 001-96-TR)

Artículo 16°. En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley. No corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente o que se produzca transcurridos tres (03) años de producido el cese.

Artículo 17°. El exceso del periodo de prueba que se pactará superando los seis meses o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto.

2.2.2.2. Posiciones teóricas

Al respecto resulta necesario indicar que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no define al contrato de trabajo. Sin embargo, a ello, si establece los elementos que lo configuran como lo es la prestación personal de servicios, remuneración y subordinación, considerando además en el artículo 4° de este cuerpo normativo, el plazo del contrato como indefinido.

Para Toyama (2005):

El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada empleador y la otra trabajadora, por la cual una de ellas se compromete a prestar sus servicios en forma personal, remunerada (el trabajador) y la otra (empleador), que se obliga al pago de la remuneración correspondiente y que en virtud de un vínculo de subordinación (dependencia), goza de facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados. (p.11)

Asimismo, García *et al.* (2016) establecen que:

El contrato de trabajo es la institución más importante del Derecho Laboral. Su importancia descansa en que a partir de su configuración nacen los distintos derechos y obligaciones para las partes que lo integran: el trabajador, de un lado; y el empleador, de otro. El contrato de trabajo no es otra cosa que el acuerdo de voluntades, por el cual un trabajador se compromete a prestar sus servicios personales en forma subordinada, y el empleador al pago de la remuneración correspondiente. (p.07)

De Ferrari (1989) manifiesta que el contrato de trabajo “es aquel por el cual una persona se obliga trabajar por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra o estar

simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero” (Cuba, 2017, p.39).

Al desarrollar el periodo de prueba laboral resulta indispensable conocer la institución del periodo de prueba, que nos lleva a estar inmersos dentro del ámbito donde desenvuelve, que es el contrato de trabajo. (Jara, 2017)

2.2.2.3. Elementos esenciales

- a) **Prestación personal de servicios.** El objeto del contrato de trabajo es la actividad prestada por un trabajador determinado. En ese sentido, la LPCL establece que los servicios para ser de naturaleza laboral deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural, ya que a diferencia del empleador puede ser tanto una persona natural o jurídica.

En este mismo sentido García *et al.* (2016) precisan que:

El servicio deberá ser prestado directamente por una persona física, no pudiendo este ser sustituido por otro, debido al carácter personalísimo de la prestación de servicios. Y esto porque, basándose en el conocimiento y experiencia del trabajador, el empleador contrata los servicios de esta persona para que realice determinadas actividades. (pp. 8-9)

Al respecto Valderrama *et al.* (2015) citando a Javier Neves Mujica (2009),

quién afirma que se puede desprender de este aserto los siguientes aspectos:

- El trabajador es una persona natural: El trabajador siempre será una persona natural, a diferencia del empleador que puede ser tanto una persona natural (v.gr. los negocios pequeños o familiares) como una persona jurídica (bajo cualquier forma asociativa, con o sin fines de lucro).

Esta característica también lo diferencia de los deudores de trabajo en orden a un contrato civil (contrato de locación de servicios o de obra). De ese modo, el locador y el contratista pueden ser personas naturales o jurídicas, v.gr. las firmas profesionales o las empresas constructoras.

- Prestación personal y directa del servicio: El trabajador, en calidad de persona natural concreta, debe ejecutar la prestación comprometida de manera personal; es decir, no debe contar con la asistencia de dependientes. También se descarta que el trabajador transfiera su actividad en todo o en parte a un tercero.

Cabe precisar que la LPCL indica que no se pierde la calidad de prestación personal cuando el trabajador es ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual en la naturaleza de las labores. (p.12)

b) La remuneración. El trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo con el fin de obtener una ventaja patrimonial, es decir el pago en dinero o en especie que el empleador le hace en retribución a su prestación de servicios.

Todo ello bajo la premisa que García *et al.* (2016) señalan, por el que “el contrato de trabajo es un contrato que contiene prestaciones recíprocas entre las partes y lo que compete al trabajador es prestar sus servicios en beneficio del empleador que lo contrata, y este, a cambio, paga la remuneración” (p. 9).

Por lo que se admite también que la remuneración es la contraprestación por la mera puesta a disposición por el trabajador de su fuerza de trabajo.

Por otra parte, se precisa que existen contratos que se ocupan de trabajos productivos por cuenta ajena, lo que quiere decir que la persona que va a ser beneficiaria del servicio se convierte en propietaria de la obra producida y se encuentra en la obligación de otorgar una retribución como pago por estas labores.

En el caso de los contratos de trabajo, esta retribución recibe el nombre de remuneración y debe cumplir con los requisitos establecidos en la LPCL, el cual señala que constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. (Valderrama *et al.*, 2015, pp. 14-15)

- c) **La subordinación.** Como elemento característico de la relación laboral puede definirse como aquel vínculo entre el deudor y el acreedor de trabajo, por medio del cual el primero ofrece su actividad al segundo, confiriéndole además la potestad de conducirla. De acuerdo con la perspectiva de cada una de las partes de la relación laboral, se puede decir que se presenta el binomio sujeción-dirección.

En opinión de Jorge Toyama Miyagusuku, la subordinación es el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que constituye el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y un contrato de locación de servicios. De ese modo, la subordinación o dependencia consiste en el sometimiento al trabajador al poder de organización y disciplina del empresario. (Toyama, 2018)

La LPCL señala que por la subordinación el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

Además, indica que el empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. (Valderrama *et al.*, 2015, p.13)

Por su parte García *et al.* (2016) ha establecido que, en virtud del poder de subordinación sobre el trabajador, se encuentra la facultad de darle órdenes, instrucciones o directrices con relación a la labor por la que se le contrató, así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo, ejercido como poder sancionador o disciplinario.

El empleador tiene la potestad de dirigir, fiscalizar la labor del trabajador, e incluso podrá sancionarlo cuando detecte algún incumplimiento o falta

grave. El trabajo debe ser prestado bajo la dependencia del empleador, lo que significa que, al poner el trabajador su capacidad laborativa a disposición del empleador, le otorga a este poder jurídico de dirigirlo, de darle órdenes y de fiscalizarlo durante el tiempo de ejecución del servicio; y el, por su parte, se obliga a obedecerlo. Esta subordinación es jurídica porque tiene su origen en el acto contractual, y porque el ordenamiento jurídico le ha dado ese carácter especial.

Es así, que el empleador cuenta con un conjunto de facultades o poderes que le permiten dirigir, fiscalizar y sancionar, las cuales de acuerdo a la doctrina consisten en lo siguiente:

- De dirección: Como aquella facultad que tiene el empleador de dirigir, reglamentar y planificar las labores en la empresa o negocio, a través de este poder el empleador encamina, dirige a los fines empresariales el trabajo que pone a disposición la parte trabajadora. Dentro de esta soberanía encontramos el *Ius Variandi*, como una de las manifestaciones del poder de dirección y puede definirse como aquella potestad del empleador para modificar las condiciones del trabajo de modo razonable.
- De fiscalización: Por la que el empleador tiene la posibilidad de controlar y vigilar las actividades que realiza el trabajador relacionadas con el objeto de la prestación del contrato de trabajo para hacerla compatible con los fines que requiera la empresa.
- De sancionar: A través de la cual el empleador tiene la facultad de sancionar al trabajador, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier

infracción o incumplimiento de las obligaciones que tenga a su cargo (amonestaciones, suspensión de la relación laboral y despido).

2.2.2.4. Contratos sujetos a modalidad

Por principio general se entiende que en toda relación laboral, se presume la existencia de una relación de carácter permanente si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo se rige por el principio de continuidad, el cual considera al mismo como uno de duración indefinida, haciéndole resistente a las circunstancias que en ese proceso pueden alterar este carácter, de tal manera que el trabajador pueda trabajar mientras quiera, mientras pueda y mientras exista la fuente de trabajo, salvo las excepciones que puedan limitar legítimamente la duración del empleo o su terminación por causas específicas.

Al respecto Toyama *et al.* (2018) precisan que:

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes. Podrán celebrar contratos de trabajo sujetos a modalidad, las empresas o entidades privadas, así como las empresas del Estado, instituciones públicas, cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada observando en este último caso las condiciones o limitaciones que por disposiciones específicas se establezcan. (pp. 21-22)

Estos tipos de contratos son entonces contratos a plazo fijo, siendo por ello obligatorio su celebración de forma escrita y por triplicado, debiendo consignarse indispensablemente su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, además de su respectivo registro ante la autoridad administrativa de trabajo conforme a lo regulado expresamente por el Título III de la LPCL, en la que ha desarrollado los tipos de contratos modales en el siguiente detalle:

a) Contratos de naturaleza temporal

➤ Por inicio o lanzamiento de nueva actividad: Es aquel que se celebra motivado por la constitución de la empresa, el inicio de la actividad productiva, la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes, su duración máxima es de 03 años.

➤ Por necesidad del mercado: Es aquel que se celebra con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción, originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente, para lo cual es necesario constar la causa objetiva que justifique la contratación por incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva; la que excluye variaciones de carácter cíclico o de temporada de actividades productiva de carácter estacional, su duración máxima es de 02 años, pudiendo ser renovado sucesivamente hasta los 05 años.

➤ Por reconversión empresarial: Es aquel que se celebra debido a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias,

equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos, su duración máxima es de 02 años.

b) Contratos de naturaleza accidental

➤ Contrato ocasional: Es aquel que se celebra con el objeto de atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo, su duración máxima es de 06 meses al año.

➤ Contrato de suplencia: Es el celebrado con la finalidad de sustituir a un trabajador estable cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido por alguna causa justificada prevista en los dispositivos legales y convencionales vigente o se encuentre realizando temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo; conservando el titular el derecho de readmisión, toda vez que este tipo de contrato debe contener la fecha de su extinción conforme resulte necesaria según las circunstancias.

➤ Contrato de emergencia: Es el que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor; se configura por su carácter inevitable, imprevisible e irresistible y su duración está determinada con la duración de la emergencia.

c) Contratos para obra o servicio

➤ Por obra determinada o servicio específico: Es aquel celebrado para la realización de una obra o servicio previamente y de duración determinada conforme se cumpla el objetivo del contrato, pudiendo ser pasible de renovaciones de acuerdo a su necesidad hasta la conclusión o terminación de la obra o servicio.

➤ Contrato intermitente: Es el que se celebra para cubrir las necesidades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas; las renovaciones

se pueden realizar con la misma persona, quien tiene derecho preferente en la contratación y puede consignarse en contrato primigenio; esta forma de contratación opera en forma inmediata, no requiere otra celebración o renovación y el plazo para hacer efectivo, el derecho preferencial es de 05 días hábiles desde su notificación, debiendo para ello haber consignado previamente las circunstancias o condiciones para la reanudación en cada oportunidad; siendo sus beneficios sociales determinados por el tiempo efectivamente laborado.

➤ Contrato de temporada: Es el que se celebra con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen solo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en periodos equivalentes en cada ciclo en función de la naturaleza de la actividad productiva, naturaleza de la actividad de la empresa, establecimiento o explotación; asimismo el trabajador cuenta con derecho preferente por ser contratado en dos temporadas o tres alternadas, para lo cual el mismo deberá presentarse 15 días antes de iniciada la temporada.

2.2.2.3. Desnaturalización de contratos

De lo expuesto precedentemente se puede afirmar que los contratos modales poseen carácter excepcional frente al contrato de duración indeterminada, el cuál sin lugar a dudas y por la naturaleza de su prestación, es por regla de carácter indefinido. En este entendido García *et al.* (2016) señala que básicamente los contratos de plazo determinado son, única la excepción a la presunción de contratación laboral indefinida y, que esa medida, para su celebración se exige el cumplimiento de determinados presupuestos de formalidad, cuya inobservancia conlleva de por sí a la invalidez del acto, es así que tal situación que de no ser

respetada nos conduce irremediabilmente a la desnaturalización de los contratos modales, la cual también ha sido prevista en el artículo 77° de la LPCL y se puede evidenciar desde los siguientes aspectos:

- Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido.
- Cuando se trate de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación.
- Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando.
- Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente Ley.

2.2.3. Supuestos de suspensión laboral

El contrato de trabajo tiene una marcada vocación de permanencia en el tiempo ya que el objetivo de su contratación laboral es lograr la prestación continua en los servicios del trabajador, por ello el contrato de trabajo es calificado como aquel contrato que se va ejecutar con el transcurrir del tiempo. No obstante, a tener una calidad que le amerite prolongarse permanentemente, la vigencia del trabajo, en ciertas ocasiones puede verse inmersa en una serie de contingencias que interrumpan el vínculo laboral existente, las cuales son denominadas como formas de suspensión del contrato de trabajo

Es así que los supuestos de suspensión de la relación laboral con o sin goce de remuneraciones tienen enorme importancia tanto en el seno de la relación laboral para las partes que la integran, desde los descansos retribuidos hasta la suspensión disciplinaria como en los efectos sociales de la misma.

Al respecto Zavala (2009) precisó que:

El sustento constitucional de la suspensión de labores se encuentra amparado en el principio de continuidad laboral, debido a que, en función a referido principio, se desprende la existencia de una vocación de conservación en el tiempo de la relación existente entre empleador y trabajador por un periodo indeterminado. (p.20)

Las bases constitucionales de la suspensión laboral se ubican principalmente en los artículos 22° y 27° de la Constitución Política del Perú, estas disposiciones reconocen el derecho del trabajo, a mantenerse en un puesto de labores, así como la protección que tienen los trabajadores frente al despido arbitrario. De este modo, se desprende que la finalidad de esas disposiciones es la conservación del contrato de trabajo, como manifestación del principio de continuidad.

En este entendido el régimen laboral de la actividad privada, el artículo 11° del Texto Único Ordenado de LPCL aprobado por Decreto Supremo 3-97-TR ha determinado las ocasiones en las que, pese a que la relación laboral se encuentre vigente, el trabajador no prestará efectivamente sus servicios, configurándose así una suspensión del vínculo de trabajo. Siendo esto así, el precepto normativo mencionado dispone lo siguiente:

Artículo 11. Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar

la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral. Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

En este orden de ideas, el artículo 12° de la LPCL detalla como causas de suspensión del contrato de trabajo las siguientes:

- La invalidez temporal;
- La enfermedad y el accidente comprobados;
- La maternidad durante el descanso pre y post natal;
- El descanso vacacional;
- La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir con el Servicio Militar Obligatorio;
- El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales;
- La sanción disciplinaria;
- El ejercicio del derecho a la huelga;
- La detención del trabajador, salvo el caso de condena privativa de la libertad;
- La inhabilitación administrativa o judicial por periodo no superior a tres meses;
- El permiso o licencia concedidos por el empleador;
- El caso fortuito y la fuerza mayor; y,
- Otros establecidos por norma expresa

2.2.3.1. Supuestos de suspensión perfecta

La suspensión será perfecta cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio contratado y la del empleador de pagar la

remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral. De este modo, podemos señalar como causales de suspensión perfecta las licencias sin goce de haber, las sanciones disciplinarias o el caso fortuito y fuerza mayor.

2.2.3.2. Supuestos de suspensión imperfecta

La suspensión será imperfecta cuando el empleador abone la remuneración sin que exista una prestación efectiva de labores por parte del empleado. Dentro de este tipo de suspensiones podemos mencionar a los descansos vacacionales, así como el descanso pre y post natal.

2.2.3.3. Potestad sancionadora

El poder de dirección no sería más que un poder moral sino estuviera acompañado de la facultad de castigar las diversas infracciones de los trabajadores, siendo esto así una de las manifestaciones del poder de dirección del empleador la encontramos en aquella atribución que le permita a este sancionar a sus trabajadores cuando se incumpla alguna de las obligaciones impuestas u órdenes impartidas.

Las formas en las que esta capacidad sancionatoria puede concretarse giran, básicamente, en torno a las siguientes manifestaciones: mediante una amonestación, la suspensión en las labores sin goce de haber y el despido. La primera de las anotadas, conocida también como apercibimiento, se entiende como una llamada de atención al trabajador infractor con el fin de que enmiende su conducta o mejore su capacidad de trabajo, siendo la sanción más leve que puede imponer un empleador y está reservada para incumplimientos o infracciones leves de los trabajadores, siendo las más frecuentes en la dinámica laboral. Queda por anotar que esta corrección disciplinaria sirve a manera de advertencia de una medida más contundente de reiterarse el incumplimiento apercibido. Tal reprimenda previa, por

ejemplo, se requiere para poder sancionar con el despido la impuntualidad reiterada del trabajador que se convierte en falta grave de despido según lo prescrito en el inciso h) del artículo 25 de la LPCL.

2.2.4. Extinción del contrato de trabajo

Blancas (2006) señala que “la extinción de la relación de trabajo es una de las cuestiones que mayor interés y controversia suscita en el derecho del trabajo, por la transcendencia humana y social que conlleva para el trabajador y su entorno” (p.29).

Ahora bien, por extinción del contrato entendemos la finalización definitiva de la relación laboral y por consiguiente la cesación de las obligaciones del trabajador y el empleador, disolviéndose el vínculo laboral.

La legislación de la materia ha previsto que la relación laboral, se puede extinguir por las siguientes causas:

- El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;
- La renuncia o retiro voluntario del trabajador;
- La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;
- El mutuo disenso entre trabajador y empleador; - La invalidez absoluta permanente;
- La jubilación;
- El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;

- La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley

2.2.4.1. Causales válidas de la extinción de la relación laboral

a. Fallecimiento del trabajador

Todo contrato de trabajo se extingue por el fallecimiento del trabajador. Asimismo, por muerte del empleador también se extingue la relación laboral, si este es una persona natural, sin perjuicio de que, por común acuerdo con los herederos, el trabajador convenga en permanecer por un breve plazo a efectos de la liquidación del negocio, cuyo convenio no podrá exceder de un año, y deberá ser comunicado a la Autoridad Administrativa de Trabajo para su conocimiento y registro correspondiente.

b. Jubilación

La jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer, que tenga derecho a la pensión de jubilación a cargo de la Oficina Nacional Previsional - ONP o del Sistema Privado de Pensiones.

- Por voluntad del empleador: Si el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión, y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión. El empleador que decida aplicar la presente causal deberá comunicar por escrito su decisión al trabajador, con el fin de que este inicie el trámite para obtener el otorgamiento de su pensión. El cese se produce en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión.

- De forma automática: Esta causal de extinción de la relación laboral es obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla setenta (70) años de edad. En este caso, se entiende que opera la jubilación si el trabajador tiene derecho a pensión de jubilación, cualquiera sea su monto, con prescindencia del trámite del trámite administrativo que estuviera siguiendo para el otorgamiento de dicha pensión, y también deberá ser formalizada por el empleador por escrito, con el fin de que el trabajador cesado inicie el trámite de la pensión correspondiente.

c. La invalidez absoluta permanente

La presencia de esta causal origina de pleno derecho la extinción de la relación laboral, la misma que deberá ser declarada por el Seguro Social del Perú - ESSALUD, o el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador. Cabe señalar que la invalidez absoluta temporal solo suspende el contrato por el tiempo de su duración. La invalidez parcial temporal solo lo suspende si impide el desempeño normal de las labores.

d. La renuncia del trabajador

El trabajador que renuncie a su puesto de trabajo deberá comunicarlo por escrito a su empleador con una antelación de treinta (30) días calendario en cuyo caso el empleador lo podrá exonerar de dicho plazo a pedido del renunciante o por iniciativa propia. En el primer caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día. En caso de negativa del empleador a exonerar del plazo de preaviso de renuncia, obliga al trabajador a laborar hasta el cumplimiento del plazo. En caso el trabajador deje de laborar, incurrirá en falta

grave por abandono de trabajo. Asimismo, se debe entender que la puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador equivaldrá a una renuncia.

e. El mutuo disenso

El mutuo disenso se produce cuando el trabajador y el empleador expresan su voluntad de extinguir la relación laboral. El acuerdo de poner fin a la relación laboral debe constar por escrito o en el documento donde consta la liquidación de los beneficios sociales.

2.2.5. El despido

2.2.5.1. Generalidades

El despido constituye el principal medio por el cual se extinguen las relaciones laborales sostenidas entre un empleador y un trabajador. Por tal sentido, se constituye en una de las instituciones en la que se evidencia un interés superlativo de parte de la Doctrina y la Jurisprudencia por tratar de dotarla de un mayor contenido y desarrollo. Montoya Melgar ha atribuido al despido las características de ser: i) un **acto unilateral del empleador**, ii) un acto constitutivo, iii) un acto recepticio, y iv) un acto extintivo (Montoya, 2001). De entre estas características, la que reviste mayor trascendencia a efectos del desarrollo del presente tema, es la referida al carácter unilateral con el que el empleador pueda definir que una relación de trabajo llegue a su conclusión.

Siendo el despido una decisión unilateral del empleador, este debe cumplir con requisitos diversos que lo doten de legitimidad y legalidad, caso contrario, devendría en un acto arbitrario que no es tolerado en un Estado de Derecho como el nuestro. Es así que un despido:

- Será **Legítimo** siempre que se encuentre sustentado en una causa que –sea por la trascendencia y gravedad del hecho imputado- justifique la extinción de la relación laboral. Esta valoración se realiza en el plano material de los hechos.
- Será **Legal**, siempre que dicha decisión haya sido emitida dentro de un procedimiento de despido en el que el trabajador haya tenido conocimiento de los cargos imputados, haya gozado de un plazo razonable para presentar sus descargos y se le haya comunicado la decisión final en la que se encuentre debidamente motivadas las razones de la extinción laboral, las que deberán guardar correspondencia con los cargos imputados. Esta valoración se realiza en el plano formal de los documentos.

Cuando se cumplen con todos estos requisitos, nos encontramos ante lo que ha sido calificado por la legislación como un despido justificado³. Caso contrario, nos encontraremos ante un despido arbitrario. (De la Cruz, 2014, pp. 09-10)

2.2.5.2. Cuestiones teóricas

Cuba (2017) citando al maestro Cabanellas (1964) señala que “el despido es un derecho potestativo que tiene el empresario para denunciar la relación laboral; deriva de un acto de su voluntad unilateral por el cual le pone fin a la relación de trabajo” (p. 59).

³ Efectivamente, según el artículo 22 del Decreto Supremo N° 003-97-TR LPCL, el despido de un trabajador sujeto a un 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.**

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del empleador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

También señala que tal derecho del empresario no es absoluto, pues está sometido a una serie de limitaciones; de tal forma que cuando la rescisión del contrato de trabajo se produce sin causa alguna o justificada, o esta no se pruebe, el autor de la ruptura del contrato debe las indemnizaciones que la ley establece. A la libertad de denunciar unilateralmente el contrato de trabajo se han introducido limitaciones originadas en la doctrina francesa con la teoría del abuso del derecho, las cuales han llegado a alcanzar determinada expansión.

Entonces podemos definir al despido como el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual este decide poner fin a la relación de trabajo.

Se trata entonces, de una ruptura unilateral, en la cual poco importa en principio, que exista causa para tal ruptura. En todo caso, estamos ante un supuesto en el cual el empresario decide romper el vínculo que lo liga al trabajador.

En sentido amplio, se afirma que despido es toda suspensión que lleva consigo la ruptura de la relación de trabajo. En sentido estricto y rigurosamente técnico, por despido debe entenderse solamente aquella extinción que se produce por voluntad unilateral del empresario, exista o no causa justificada.

Del mismo se concibe el despido como “la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario” (Alonso y Casas, 2003, p. 333)”.

Es así que de las definiciones dadas se advierte un elemento de interés que solamente ha sido señalado por Cabanellas, quién no califica el despido como un simple “acto unilateral”, sino como un “derecho del empleador” que le otorga la potestad de resolver la relación contractual surgida con el trabajador como consecuencia de la celebración del contrato de trabajo de modo unilateral; aseveración que es coincidente, debido a que si bien el despido es un derecho del

empleador, conforme lo indica el autor en mención, el mismo no es un derecho absoluto, ya que comprende limitaciones, sin por ello anular su calidad de derecho.

Por su parte Toyama *et al.* (2018) precisa que el despido puede ser definido, en opinión de Elmer Arce (2008) como aquel acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador, el cual, para su validez, debe ser comunicado por escrito, sustentarse en causa justa y seguir un procedimiento basado en la ley.

Se debe anotar que el ordenamiento reconoce al despido efectos inmediatos, con lo cual se presume la validez del acto extintivo del empleador.

Asimismo, podemos destacar que el despido tiene las siguientes características:

- Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesario 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 recepticio, 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.

2.2.5.3. Despido justificado

2.2.5.3.1. Cuestiones preliminares

El convenio N° 158 de la OIT reconoce en su artículo 4° que:

“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para aquello una causa justificada relacionada con su capacidad o su

conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”

Siguiendo dichos criterios, el artículo 22° del D.S. N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728 prescribe que, 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 conforme se expuso. 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 solo 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.

Es así, que la LPCL permite que el despido individual se ampare en dos tipos de justificaciones, conforme se pasa a detallar:

2.2.5.3.2. Causas relacionadas con la capacidad del trabajador

- Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas: Se consideran como causas de despido cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de las tareas del trabajador, siempre que no exista un puesto vacante al que pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.

- El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas deberá ser debidamente certificado por Essalud, el Minsa o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.
- La negativa injustificada a someterse a las medidas de salud e higiene: Esta causa se produce cuando el trabajador se niega 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.

La negativa injustificada y probada del trabajador a someterse a los exámenes correspondientes, se considerará como aceptación de la causa justa del despido.

2.2.5.3.3. Causas relacionadas con la conducta del servidor

➤ Faltas Graves

Es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole que haga irrazonable la subsistencia de la relación.

Las faltas graves se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir.

El empleador podrá imponer sanciones diversas a todos los trabajadores involucrados en la comisión de la falta grave, en atención a los antecedentes de cada cual, y otras circunstancias coadyuvantes pudiendo incluso remitir u olvida la falta, según su criterio.

El artículo 25° del D.S.N° 003-97-TR, TUO del DL N° 728, de manera taxativa estipula como faltas graves los siguientes hechos:

- 1) 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;
- 2) 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;

- 3) 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;
- 4) 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;
- 5) 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;
- 6) 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;
- 7) 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.
 - 8) 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. 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.
 - 9) La impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.
 - 10) El hostigamiento sexual cuando sea cometido por los representantes del empleador o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como

el cometido por un trabajador cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo.

➤ La condena penal por delito doloso

El despido por la comisión de delito doloso se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho al empleador, salvo que este 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 solo 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.

➤ 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 periodo de tres (03) 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.

2.2.5.3.4. Requisito previo para el despido justificado

El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos

que se le formule, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta (30) días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

Lo que se pretende establecer con este procedimiento es que al trabajador se le dé la oportunidad de poder hacer su defensa de los cargos que le puedan imputar; en estricto como habíamos referido anteriormente, el derecho a conservar un trabajo, es algo protegido constitucionalmente; y esto también tiene que ver con el derecho a la defensa; no sería justo que el empleador tome una decisión de manera unilateral y el trabajador se encuentre en estado de indefensión; es por ello que antes que se tome la decisión del despido se le da un plazo razonable de seis días (el mismo que podría ser mayor si es que lo desea el empleador) para que pueda presentar sus descargos, los mismos que podrían acompañar los elementos probatorios u similares y de esta manera crear convicción y dejar sin efecto la medida del despido.

Aquí existe una subjetividad por parte del empleador, toda vez que desde el momento en que se decide despedir a un trabajador ya hay una predisposición contra este; en ese sentido, al momento de evaluar los descargos, los documentos tendrían que hacerlo sin esa predisposición, su decisión debe estar basada en hechos reales y objetivos. Uno de los aspectos que también se debe tener en cuenta es que

tanto las cartas de preaviso como la de despido, deben de indicar con claridad los hechos por las cuales son materia de sanción, existiendo la posibilidad de poder equivocarse en la base legal invocada de las faltas, pero no en su contenido.

La formalidad que deben de tener estas comunicaciones, no lo establece la norma laboral; pero al no establecerlo solo se debería de enviársela al domicilio que haya otorgado a su empleador, si es que otorgó un domicilio inexistente o no válido, no es responsabilidad del empleador que no hayan llegado las notificaciones para los descargos y para la comunicación, hechos que no deberían invalidar estas comunicaciones, a excepto que se demuestre que el trabajador consignó en sus datos una dirección válida y el empleador de una manera haya hecho parecer que era todo lo contrario; comportamiento que sí podría ser cuestionada por el trabajador y alegar el despido en forma arbitraria (por no seguir su cauce legal).

Es por ello que cuando existen irregularidades en los datos consignados o el trabajador se niegue a recepcionarla, se puede remitir a través de un notario o juez de paz de ser el caso; los mismos que darán fe sobre la no recepción de las cartas u otras situaciones que puedan suceder.

Con relación a las comunicaciones del preaviso y el despido; se debe de tener en cuenta el principio de inmediatez, es decir, que estas decisiones no podrían tener espacios de tiempo prolongados, puesto que se estaría presumiendo que los hechos no han sido de todas determinantes para un despido o que se esperaba una determinada situación desfavorable para el trabajador.

2.2.5.4. Clases de despido

Respecto a la clasificación de despidos, Cuba (2017) cita la clasificación clásica efectuada por el tratadista García (1975), quién separa al despido del siguiente modo:

2.2.5.5.1. Por la existencia o no de causa

a) Despido causal o justificado

Se da como consecuencia de la realización de determinados actos a los que se atribuye fuerza suficiente, desde el punto de vista jurídico, para que la relación pueda ser resuelta por el empresario. Dentro de este grupo hay que distinguir, a su vez, entre:

Despido fundado en una causa dependiente de la voluntad del trabajador o más exactamente, en incumplimiento por este, que –de conformidad con la naturaleza de las obligaciones recíprocas- otorga al empresario la posibilidad de resolución.

Despido fundado en causa independiente de la voluntad del trabajador, pero cuya existencia determina la imposibilidad del cumplimiento de la prestación, no la simple y mera excesiva onerosidad de la misma.

b) Despido no causal o injustificado

También denominado por la doctrina como resolución *ad nutum*, que se da por el simple ejercicio del poder empresarial, si bien hay que considerar al respecto la postura que niega la posibilidad de reconocer por los propios supuestos sobre los cuales el problema se plantea, la figura de la resolución *ad nutum* en la relación laboral.

2.2.5.5.2. Por la naturaleza de los hechos determinantes del despido

a) Individual

En el que no define la significación del mismo hecho de afectar a un solo trabajador, sino el que la causa que lo produce lo es en cuanto afecta al trabajador o trabajadores despedidos aisladamente, singularmente. A su vez, los despidos individuales pueden serlo por causas que supongan incumplimiento del trabajador –los que la doctrina conceptúa como despidos disciplinarios-, o por causas o hechos independientes de la voluntad de los sujetos de la relación –despidos por fuerza mayor-.

b) Colectivo

Caracterizado por producirse a consecuencia de hechos que van referidos al trabajador, no en cuanto individuo aisladamente considerado, sino en cuanto grupo o colectividad.

2.2.5.5.3. Por la forma de manifestarse

Existen diversas para que el empleador manifieste el despido, las cuales pueden concretarse de la manera siguiente:

a) Expreso

El cual se da en virtud a un acto formal de notificación, mediante el cual se hace saber al trabajador la voluntad empresarial de dar por terminada la relación, pudiendo dentro de esta forma expresa hablarse de notificación verbal o escrita.

b) Tácito

En este caso, el despido ha de deducirse de hechos que, sin consistir en la recepción de la notificación, impidan claramente la ejecución de la prestación al trabajador y revelan la intención empresarial de resolver la relación.

2.2.5.5.4. Por los efectos que le atribuye el ordenamiento jurídico

a) Nulo

Se entiende por despido nulo a aquel que se produce incumpliendo los requisitos formales exigidos a efectos de llevarlo a cabo, independientemente de que exista o no causa justa.

El efecto inmediato de la nulidad es la penalidad que se impone al empleador de readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, además de abonarle los salarios correspondientes a los días transcurridos desde la fecha del despido hasta producida la readmisión.

b) Improcedente

Será improcedente el despido cuando, pese a haberse observado los requisitos formales inherentes al mismo, no se consideran suficientes las causas en que se pretende fundar, o dichas causas no han sido debidamente probadas. La declaración de improcedencia supone para la empresa la condena alternativa de readmitir al trabajador o de abonarle una indemnización.

c) Procedente

El despido será procedente cuando este haya sido basado en causa justa debidamente probada por la norma que regule las causales de procedencia del despido en cada ordenamiento; en cuyo caso se dará por terminada la relación laboral sin derecho a indemnización.

Resulta importante añadir un tipo de despido que el tratadista Rafael Caldera (1979) ha denominado “Despido indirecto”, el mismo que define como “una justa causa de retiro concretada en la terminación de la relación de trabajo por voluntad del trabajador”. Según este autor, constituye despido indirecto las modificaciones impuestas por el empleador sin consentimiento del trabajador que enerven en forma sustancial las condiciones de trabajo. En principio, cualquier modificación a las condiciones de trabajo inicialmente pactadas, modificaciones que obedezcan exclusivamente a la voluntad del empleador importarían el derecho del trabajador a no aceptarlas y en consecuencia a retirarse justificadamente del trabajo.

Este tipo de despido no debe confundirse con lo que la doctrina laboral denomina el “*jus variandi* que constituye una potestad conferida al empleador de modificar unilateralmente, la forma, modo o lugar de brindar la prestación laboral en aras del interés de la producción. (pp. 62-64)

2.2.5.5. Despido arbitrario

2.2.5.5.1. Calificación

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poder demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

Para la verificación del despido arbitrario, se puede recurrir a:

- La AAT; a solicitud de parte, la que prestará su concurso para verificar el despido arbitrario que se configure por la negativa injustificada del

empleador de permitir el ingreso del trabajador al centro de labores, lo que se hará constar en el acta correspondiente.

- La autoridad policial a fin de que se efectúe la referida constatación, en la que se deberá especificar la identidad y cargo de las personas que intervinieron en el acto, el lugar donde se realizó la diligencia y la manifestación de las partes.

2.2.5.5.2. Indemnización

a) Base de cálculo

La remuneración que servirá de base para el pago de esta indemnización, corresponde a la remuneración mensual percibida por el trabajador al momento del despido.

Para el cómputo de las remuneraciones variables e imprecisas, se tomará en cuenta el criterio establecido en la LCTS.

Tratándose de trabajadores remunerados a comisión porcentual o destajo, la remuneración mensual ordinaria es equivalente al promedio de los ingresos percibidos en los últimos seis (06) meses anteriores al despido o durante el periodo laborado, si la relación laboral es menor de seis (06) meses.

b) Montos de indemnización

El abono de la indemnización procede superado el periodo de prueba y su monto varía dependiendo de si el contrato es a plazo indeterminado o sujeto a modalidad:

- Contratación a plazo indeterminado: Una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos según corresponda.

- Contratación sujeta a modalidad: Una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato.

c) Oportunidad de pago de la indemnización

La indemnización por despido arbitrario deberá abonarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de producido el cese. De no ser así devengará intereses con la tasa legal laboral fijada por el Banco Central de Reserva.

No procederá la acumulación de tiempo de servicios, en caso de reingreso, a efectos del pago de la indemnización por despido.

2.2.5.6. Tipos de despido definidos por el Tribunal Constitucional

Es importante señalar que además el Tribunal Constitucional peruano, en la STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, ha definido tres tipos de despido, cuyo efecto en todos los casos es la readmisión en el empleo, estos son:

2.2.5.6.1 Despido nulo

Aparece esta modalidad 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, el inciso 1) del artículo 26 y el inciso 1) del artículo 28 de la Constitución.

Se produce el denominado despido nulo cuando:

- Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.
- Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores o por haber actuado en calidad de tal.

- Se despide al trabajador por presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades administrativas o judiciales competentes.
- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivadas de su sexo, raza, religión, opción política, etc.
- Se despide al trabajador por su condición de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto).
- Se despide al trabajador por razones de ser portador de sida (causal incorporada por la Ley N° 26626).
- Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Ley N° 27050).

i) Consecuencias

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.

ii) Asignación provisional

En el caso de acción por nulidad de despido, el juez podrá, a pedido de parte, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto, el que no podrá exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador. Para su otorgamiento, se deben cumplir las siguientes reglas

- Dicha asignación será pagada por el empleador hasta alcanzar el saldo de la reserva por la CTS que aún conserve en su poder.
- Si resultara insuficiente, la asignación será pagada por el depositario de la misma hasta agotar el importe del depósito y sus intereses.

- Si la sentencia ordena la reposición, el empleador restituirá el depósito más los respectivos intereses con cargo a las remuneraciones caídas o devengadas.
- El empleador podrá oponerse al otorgamiento de la asignación provisional aquí establecida, cuando dicho beneficio no estuviera respaldado por el monto de la CTS devengada y aún no adelantada y en el caso previsto en el artículo 54 de la LCTS, referido a la entrega de la CTS al cónyuge supérstite o a la conviviente por parte del depositario.

iii) Pago de remuneraciones devengadas

Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la CTS y, de ser el caso, con sus intereses.

El periodo dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador, excepto para el récord vacacional.

El récord vacacional que quedó trunco con ocasión del despido, a elección del trabajador, se pagará por dozavos o se acumulará al que preste con posterioridad a la reposición.

iv) Reposición en el trabajo

En caso de despido nulo, si el juez ordena la reposición, se aplican las siguientes pautas:

El trabajador deberá ser reincorporado en el empleo, sin afectar su categoría anterior.

En la oportunidad en que se produzca la reposición del trabajador, las partes suscribirán un acta dejando constancia de tal hecho. En su defecto cualquiera de ellas podrá solicitar al juez de la causa que la reposición se efectúe con la intervención del secretario cursor.

El empleador que no cumpla el mandato de reposición dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en 30% del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta la cabal ejecución del mandato. El importe de multa no es deducible de la materia imponible afecta a Impuesto a la Renta.

2.2.5.6.2. Despido incausado

En palabras de Cuba (2017), “es aquel que se produce cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o su labor que la justifique” (p.65).

El despido incausado (entendiéndose como sinónimo y/o tipo de despido arbitrario) fue tratado por primera vez por el Tribunal Constitucional mediante STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC, teniendo como fundamento que “el despido incausado” se produce cuando se despide a un trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o labor que la justifique.

Específicamente el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, denominado Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece en su

artículo 22° que: “Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore 4 horas o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente probada.

En diversas sentencias, el Tribunal Constitucional realiza la precisión sobre el artículo 22° de la Constitución Política del Perú estableciendo que el contenido esencial del derecho al trabajo tiene dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa. El primero, supone que el Estado adopte una política tendiente a que la población acceda a un puesto de trabajo. El segundo aspecto apunta a que el trabajador tiene derecho a conservar su empleo, destacando la proscripción del despido, salvo por causa justificada. Además, el artículo 27° de la Constitución prescribe: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Asimismo, debe entenderse que no podrían vulnerar los derechos previstos por la Constitución peruana.

Al respecto, la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización. Debe entenderse de la misma forma, lo establecido por el Convenio N° 158, que prevé la posibilidad de protección indemnizatoria frente al despido arbitrario.

Por lo tanto, cuando el empleador se ve obligado a prescindir de personal por diversas razones no apacibles de justificación como son el caso de los despidos incausado o arbitrario, tendrá la obligación de resarcir a su trabajador por la pérdida del empleo, mediante el pago de una indemnización. En los casos en que no exista dicha indemnización, el trabajador podrá ir a los tribunales a solicitar la reposición a su centro de trabajo. (De la Cruz, 2014)

- Elementos configuradores

i) Naturaleza jurídica

A través del fallo del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio del 2002 (caso Telefónica, Expediente N° 1124-2001-AA/TC), empieza la tentativa de esta modalidad de despido, ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22° de la Constitución y demás conexos. Se produce entonces el denominado despido incausado, cuando:

“Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique” (despido arbitrario).

Por lo tanto, se debe respetar el contenido esencial del derecho al trabajo. Además, se basa en que todo desarrollo legislativo presupone que no desnaturalice el derecho objeto de desarrollo y que este no podrá vulnerar el contenido esencial del derecho en mención. “El segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización “como única reparación”. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nítum impone solo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición (el artículo 34, segundo párrafo) es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

- a) Vacía de contenido el derecho al trabajo, en la medida que, habilita el despido incausado o arbitrario al empleador, ya que uno de los aspectos del

contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa.

- b) La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad en la relación de trabajo en cuanto al tema de la culminación laboral
- c) La forma de protección no es otra que la de retrotraer el estado de las cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucional, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria, si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional”.

En tal sentido, el despido incausado vulnera, entre otros derechos, el derecho al trabajo y el derecho de defensa. Respecto al primero de ellos, como es bien sabido, el “artículo 22 de la Constitución enuncia que “el trabajo es un deber y un derecho”. Es la base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

Es más, dado que los derechos reconocidos en la Constitución se interpretan conforme a los Tratados de Derechos Humanos (Cuarta Disposición Final y Transitoria), es necesario recurrir al Protocolo de San Salvador, en su artículo 7° precisa el contenido del derecho al trabajo, según este instrumental supone que toda persona goce de este en condiciones iguales, justas y equitativas. Asimismo, también indica que el trabajador despedido sin causa justa tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión a su centro de labores. Es decir, el derecho al trabajo se convierte en un importante pilar del régimen de (despido

causal), pues toda extinción unilateral del vínculo laboral por el empleador debe fundarse en una causa justa.

Para el profesor Arce (2013) citado por Vitteri (2014) la separación del trabajador tiene que expresarse una causa justa por necesidad. Sin embargo, si aquella resulta injustificada o no probada recién podrá ser reparada por los mecanismos que el legislador prevea (indemnización o reposición o cualquier otra fórmula de reparación prevista por la legislación nacional).

Asimismo, en la STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, establece que entre las modalidades del despido arbitrario está el despido incausado y “se produce según esta cuando se despide a un trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o labor que la justifique. De esta forma un despido se configurará como justificado o injustificado en tanto la voluntad extintiva de la relación laboral manifestada por el empleador se lleve a cabo con expresión de causa o sin ella, es decir, cuando se indican (o no) los hechos que motivan y justifican la extinción de la relación laboral. Entonces, el despido será legítimo solo cuando la decisión del empleador se fundamente en la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar la garantía mínima que brinda el derecho fundamental al debido proceso. (De la Cruz, 2014, pp.155-158)

ii) Supuestos

En los casos de trabajadores a plazo indefinido, el despido incausado se sustenta al no contar con una causa justa para separarlo de sus labores en el centro de trabajo. En cambio, para los trabajadores a tiempo fijo se conservan (02) dos

supuestos: desnaturalización, y suspensión desproporcionada e indefinida de labores.

En el primer caso, existen los despidos encubiertos surgidos en su mayoría de los vencimientos de contratos de locación de obra o servicios o de aquellos contratos de trabajo sujetos a modalidad que encubren relaciones laborales de carácter permanente, jugando un rol importante la “primacía de la realidad”

Debe indicarse que “la suspensión conlleva un incumplimiento temporal en la relación laboral que puede tener su origen en causas dependientes o independientes de las partes (García, 1981)” (De la Cruz, 2014, p. 160).

iii) Consecuencias

A partir de los últimos fallos del Tribunal Constitucional, los trabajadores despedidos o separados de su centro de trabajo sin una causa justificada por su empleador podrán optar entre demandar una indemnización, la cual equivale a una indemnización y media ordinaria mensual por cada mes que dejó de trabajar hasta el vencimiento de su contrato, con un límite de 12 remuneraciones en caso de trabajadores a plazo fijo.

Asimismo, en su oportunidad se previó optar por la reposición en la vía procesal constitucional mediante un proceso de amparo, habiendo quedado establecido jurisprudencialmente el proceso abreviado de ser una pretensión única principal y de no ser la vía ordinaria laboral.

2.2.5.6.3. 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. 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.

Se denomina como despido fraudulento cuando se despide al trabajador con ánimo perverso o auspiciado por el engaño, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumpla con imputar una causa objetiva y se cumpla con el procedimiento. Ejemplo: se despide al trabajador imputando hechos notoriamente inexistentes, falsos, imaginarios, o una falta no prevista legalmente, vulnerando de esta manera el principio de tipicidad; será también despido fraudulento aquel que se produzca con vicio de voluntad o fabricación de pruebas.

En estos supuestos, al no existir una causa justa de despido real, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la que el acto deviene en lesivo del derecho constitucional al trabajo.

i) Características

De esta definición, se pueden identificar las características que rodean al despido fraudulento, siendo estas:

- El ánimo perverso del empleador. Esta característica es quizá la que mayor trascendencia e importancia reviste en este tipo de despido, toda vez que es precisamente esta intencionalidad o voluntad del empleador la que da inicio a todas las demás características. En esta característica se encuentran contenidos todos los motivos por lo que el empleador pretende extinguir la relación laboral con el trabajador, sean estos de índole personal (animadversión hacia el trabajador) o sustentados en razones económicas.

- El pretexto del despido. Dicha imputación de cargos constituye el pretexto del empleador en razón a que este tiene conocimiento de que el trabajador no merece ser despedido, sea porque no existe falta grave alguna, sea porque un hecho efectivamente cometido por el trabajador no reviste la trascendencia o gravedad que se le imputa. Pese a ello, el empleador a fin de satisfacer su deseo caprichoso y unilateral de ver extinta la relación laboral sostenida con su trabajador, planea justificar formalmente su decisión cumpliendo todas y cada una de las etapas del procedimiento de despido descrito en el artículo 31° del citado dispositivo legal.

- El engaño al trabajador. Por cuanto el sujeto pasivo de la decisión caprichosa del empleador es precisamente el trabajador. Este trabajador materialmente no ha realizado conducta alguna que justifique su despido; empero, se le conmina a descargar sobre la imputación antojadiza del empleador.

- La justificación formal del despido. La justificación del empleador se basa en el cumplimiento de todos los requisitos formales del procedimiento de despido, como son: i) la imputación formal y por escrito de falta grave cometida por el trabajador (carta de preaviso), ii) la oportunidad del trabajador de pronunciarse sobre los cargos imputados en un plazo de seis días naturales (descargos), de tal forma que este luego no se pueda invocar el menoscabo a su derecho de defensa, iii) la comunicación formal y por escrito de la decisión del empleador de dar por extinta la relación laboral (carta de despido).

ii) Supuestos materiales

Al respecto, Blancas (2013) citado por De la Cruz (2014), en referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el Exp. N° 00976-2001-AA/TC concluye que:

“(...) los supuestos de hecho constitutivos de un despido fraudulento vendrían a ser los siguientes: a) imputar al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, b) atribuirle una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, c) cuando se produce la extinción de la relación laboral con vicios de la voluntad o, d) mediante la fabricación de pruebas” (p. 15).

- Despido basado en imputación de hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios. En el plano material de los hechos, el trabajador es responsable de las conductas que realice durante la ejecución de sus labores. La correspondencia entre la conducta realizada y la responsabilidad imputada es precisamente el presupuesto que limita el poder disciplinario del empleador. De ahí que resulte importante lo señalado indicar que este poder disciplinario debe

ser ejercido con razonabilidad, que no es otra cosa que la correspondencia antes indicada.

Cuando esta correspondencia se ve distorsionada –sea porque no existe conducta a ser sancionada, sea porque no reviste la trascendencia invocada – nos encontramos ante decisiones arbitrarias del empleador, por cuanto no se encuentra acreditado objetivamente el presupuesto previo que sustente la emisión de alguna medida disciplinaria contra el trabajador. (Arévalo, s/f) (De la Cruz, 2014, pp. 15-16)

- Despido basado en la vulneración del principio de tipicidad. Según el segundo párrafo del artículo 22° de la LPCL, el empleador únicamente puede despedir al trabajador por causales relacionadas con su capacidad o con su conducta. Así, en el artículo 23° de la LPCL se precisan cuáles son las causas relacionadas con la capacidad del trabajador, mientras que en los artículos 24° y 25° de la LPCL se precisan las causas relacionadas con la conducta del trabajador.

En ese sentido, el empleador se encuentra limitado a basar su decisión de despido únicamente en aquellas causales taxativas descritas en los artículos antes indicados. En caso el empleador impute al trabajador una causal no contenida en estos artículos, nos encontramos ante un supuesto de quebrantamiento del principio de tipicidad.

- Despido realizado con vicios de la voluntad

Según lo indicado por Torres (2001), al desarrollar la manifestación de la voluntad:

Para que exista voluntad jurídica se requiere de la concurrencia de elementos internos (**discernimiento, intención y libertad**) y externos (**manifestación**). Con la concurrencia de los elementos internos queda formulada la voluntad real o interna o psicológica, la misma que para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada. (p. 357).

Sin embargo, debemos tener presente que el derecho laboral es netamente tuitivo en atención al principio protector⁴ en virtud del cual se presume que las relaciones laborales son dispares porque el trabajador se encuentra en situación de desventaja frente al empleador, por lo que este debe ser objeto de una especial protección por parte del Estado. Por tal motivo, no siempre se debe presumir que la voluntad manifestada formalmente por el trabajador concuerda con la voluntad interna de este, puesto que este podría haberse visto condicionado por factores externos que distorsionaron su voluntad en perjuicio propio.

De la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, podemos identificar que nos encontramos ante este tipo de supuestos materiales de despido fraudulento cuando por ejemplo se acredita que el trabajador se vio obligado a renunciar por presiones del empleador, conforme el caso contenido en STC Exp. N° 00628-2001-AA/TC. De igual forma, se podría considerar también aquellos supuestos en los que el empleador ofrece al trabajador como incentivo económico para renunciar a la propia liquidación de beneficios sociales, pese a que estos tienen un carácter irrenunciable e indisponible.

⁴ Referido al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador.

- Despido basado en fabricación de pruebas

Dentro del procedimiento disciplinario de despido, el empleador tiene la carga de la prueba respecto de la imputación de cargos dirigida al trabajador, de tal forma que la decisión contenida en la carta de despido encuentre sustento objetivo en el propio material probatorio aportado al procedimiento. Es decir, la falta grave debe encontrarse sustentada en pruebas de las que el trabajador pueda tomar conocimiento en forma objetiva y real.

Sin embargo, sucede que en ocasiones el ánimo perverso del empleador lo conduce inclusive a tratar de controlar estos aspectos formales del procedimiento, obteniendo con ello un material probatorio que servirá de sustento para la justificación de la decisión del despido.

- Despido que contraviene la razonabilidad y proporcionalidad de la medida disciplinaria

Para este tipo de supuesto, el hecho material existe en la realidad puesto que este ha sido cometido efectivamente por el trabajador; asimismo, este hecho reviste posiblemente motivos suficientes para que el trabajador sea merecedor de una sanción disciplinaria por parte del empleador; inclusive, se ha respetado estrictamente el procedimiento de despido en el que el trabajador expresamente ha reconocido los hechos objeto de imputación **mas no la trascendencia o gravedad de estos.**

Así entonces, nos encontraríamos también ante un despido fraudulento porque la decisión del empleador sobrepasa la gravedad de la falta cometida. Es decir, este supuesto se presenta cuando por ejemplo el empleador pretende imputarle mayor responsabilidad al trabajador de la que se desprende del hecho imputable.

2.2.6. La reposición laboral

Conforme se ha ido desarrollando, la reposición es entendida como el derecho del trabajador a regresar a su puesto de trabajo en caso haya sido indebidamente despedido- no es un derecho reconocido expresamente por ley, salvo en los supuestos especiales que configuran despido nulo, pues la forma de reparar el despido arbitrario por regla general, es únicamente el pago de una indemnización.

El derecho a la reposición fue creado por el Tribunal Constitucional (TC) en el año 2001 a raíz de la interpretación que se hizo del artículo 27° de la Constitución Política del Estado que señala “La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”; así pues, a consideración del TC, el pago de la indemnización no califica como adecuada protección por lo que resulta necesario abrir la posibilidad de que el trabajador pueda elegir entre cobrar el dinero correspondiente a la indemnización o pedir su retorno al puesto de trabajo.

Debe tenerse presente, que la reposición es además un mecanismo legal por el cual un trabajador despedido injustamente puede lograr la reincorporación a su empleo mediante un mandato judicial; este mandato en un inicio procedía de un juez constitucional mediante la instauración y desarrollo de un Proceso de Amparo impulsado por el agraviado. Sin embargo, con la promulgación de la Ley 29497 - Nueva Ley Procesal de Trabajo se habilitaron nuevas competencias para que desde la justicia ordinaria (la especializada en materia laboral) también se instauren y desarrollen procesos en los que igualmente se pueda lograr la reposición laboral.

Entonces, la reposición es un recurso que el trabajador puede plantear oportunamente después de ocurrido un despido que considere injusto, este tipo de reposición se encuadra dentro de un marco de estabilidad laboral absoluta en donde

se puede optar tanto por una indemnización como también por la readmisión en el empleo siempre que el despido haya sido sancionado sin causa justa; en este último caso, debe entenderse que la “reinstalación supone que el trabajador sea reintegrado a su trabajo en las mismas condiciones que lo desempeñaba antes del despido”, precisamente de aquí parte una de las características principales de los procesos constitucionales de tutela (como el Amparo) cuya finalidad declarada es la de restituir las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos constitucionales conforme está referido en el primer artículo del Código Procesal Constitucional.

Ahora bien, como se entiende, la reposición laboral está estrictamente relacionada al despido y ambos están vinculados al régimen de estabilidad laboral (absoluta o relativa) que la Constitución en su momento imponía, sea uno de respeto pleno e irrestricto de los derechos de los trabajadores (llamado sistema rígido) o uno de flexibilización de estos derechos (llamado sistema flexibilización); por ello resulta importante analizar de todos modos los antecedentes de la reposición laboral tal y como la entendemos hoy en día.

2.2.6.1. Desarrollo normativo

De los antecedentes legislativos, es claro advertir que las Constituciones peruanas del Siglo XIX y, aún, en las primeras Cartas promulgadas en el Siglo XX no existe referencia alguna a la reposición o, siquiera, a la indemnización como elementos particulares de un régimen de estabilidad laboral; esta omisión en nuestra historia constitucional no resulta tan gravosa por dos motivos: la tardía pero importante consolidación de los derechos humanos, sobre todo la de los derechos de segunda generación (en donde se encuentran los derechos sociales, económicos y culturales, y dentro de ellos los de naturaleza laboral) recién se produjo en la

segunda mitad del Siglo XX, siendo adoptada progresivamente por las Constituciones del mundo, incluidas las del Perú; y, por el hecho, de que existían algunas normas infra-constitucionales que precisamente permitieron subsanar dicho vacío.

En nuestro país, encontramos la Ley N° 4916 que podría considerarse como una de las fuentes más remotas del régimen de estabilidad laboral, por lo menos en su modalidad relativa, ya que establecía una compensación (equiparable a una indemnización) ante la posibilidad del despido; esta norma promulgada en febrero de 1924, durante el segundo gobierno de Augusto B. Leguía, modificaba el artículo 296 del Código de Comercio de la siguiente manera:

“Ley 4916 – Modificando el Artículo 296 del Código de Comercio”

Artículo 1° – Modifícase el artículo 296 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

A) En el caso de que el empeño o locación del servicio no tuviera tiempo de duración determinada, constante por instrumento público, podrá cualquiera de las partes darlo por fenecido, dando aviso de noventa días el patrón al empleado y de cuarenta días el empleado al patrón.

B) En el caso de que la cesación del empleo o locación del servicio se realizará porque el principal o patrón lo determine así, notificando de despedida al dependiente o empleado con sujeción al procedimiento del inciso anterior, este tendrá derecho a la compensación de sueldos según la escala siguiente:

Hasta dos años, un sueldo.

De 2 a 5 años, dos sueldos.

De 5 a 10 años, cuatro sueldos.

De 10 a 20 años, ocho sueldos.

De 20 a 25 años, diez sueldos.

De 25 a 30 años, doce sueldos.

Esta norma señalaba entonces una fórmula indemnizatoria aplicable de manera singular al despido producido por la voluntad del “patrón” y no la del trabajador, aunado a la necesidad de que el empleado haya sido avisado con noventa días de anticipación de dicho despido, lo cual es un antecedente de la conocida “carta de preaviso”; caracteres que pueden identificar a este procedimiento como el primero en establecer un mecanismo de protección (la compensación de sueldos) ante el despido, como elemento fundamental de un régimen de estabilidad laboral.

Así, el plazo establecido para emitir la Carta de Preaviso fue luego modificado por la Ley N° 14221, dictada en octubre de 1962 por la Junta de Gobierno presidida por el General Ricardo Pérez Godoy, donde se prescribía que dicha carta debía llegar con una anterioridad de 15 días (artículo 1°); norma que luego fue derogada de plano por el Decreto Ley N° 14857, dictado en febrero de 1964 durante el primer gobierno de Fernando Belaúnde Terry, y que, como se entiende, tuvo como efecto el de mantener el anterior plazo de noventa días para la comunicación del despido.

En lo que respecta a la estabilidad laboral absoluta (que, como hemos señalado, implica la existencia de la reposición laboral como su principal mecanismo) tenemos el Decreto Ley N° 18471 -que constituye un antecedente más claro- promulgado en noviembre de 1970, durante el gobierno del General Juan Velasco Alvarado, que contiene la primera regulación de la reposición laboral en el Perú, en ella se fijan las causales de despido de los trabajadores de la actividad

privada y también de los trabajadores públicos sujetos al régimen privado, se especifica cuáles son esas faltas graves que justifican el despido; y seguidamente se señala la fórmula alternativa a la cual el trabajador despedido de manera injustificada podía acceder a su puesto de trabajo, enunciado que pasamos a transcribir:

“Decreto Ley N° 18471.

Si la causa que justifica el despido no resultare probada por el empleador, este será

obligado a elección del trabajador:

a. A la reposición en el trabajo y al pago de una suma igual a las remuneraciones que hubiere dejado de percibir hasta el momento de la reposición, así como a los otros derechos que pudieren corresponderle; o,

b. Al pago del equivalente de tres meses de remuneraciones, si el trabajador se decide por la terminación de la relación de trabajo, además de una suma igual a las remuneraciones dejadas de percibir hasta la fecha de la resolución que pone término a la reclamación, y demás derechos que pudieran corresponderle.

Resulta claro entonces, que con esta norma nos encontrábamos en el surgimiento del régimen de estabilidad laboral absoluta regulado por la ley y cuyo mecanismo final (sea la reposición la indemnización) era elegido por el trabajador; en mérito a ello Blancas (2006) nos recuerda que los beneficios de la estabilidad laboral los alcanzaban los trabajadores luego de un período de prueba de tres meses: En nuestro país, el derecho de estabilidad en el trabajo nació por disposición de la

ley: el Decreto Ley 18471, promulgado el 10 de noviembre de 1970, instituyó un régimen de estabilidad laboral absoluta,(...).

El derecho era adquirido por el trabajador, obrero o empleado, al cumplir el período de prueba de tres meses, (...). Adquirida la estabilidad laboral, el trabajador no podría ser despedido sino por falta grave, reducción de personal o despedida total de este, por liquidación de la empresa. La falta grave estaba taxativamente enumerada en la ley (art. 2) y en el caso de producirse el despido injustificado el trabajador tenía derecho a elegir entre dos posibles acciones impugnatorias: la de reposición, destinada a lograr la preservación de la relación de trabajo, o la indemnizatoria, cuyo objetivo era obtener una compensación económica equivalente a tres meses de remuneraciones, aceptando el hecho del despido, pero no su justificación.

La reposición, en caso de considerarse injustificado el despido y, por tanto, fundada la acción, era obligatoria y no cabía contra ella recurso ni oposición alguna del empleador. (p. 64)

Ahora bien un último detalle de importancia sobre esta norma es que pese a su novel técnica legislativa ella contempla de manera clara el procedimiento a seguir en el caso del despido injustificado, puesto que menciona que era la Autoridad de Trabajo la encargada de resolver los conflictos generados por el incumplimiento de dicha norma siguiendo lo que disponía el Código de Procedimientos Civiles en lo relativo a la ejecución y sentencia, lo cual nos permite concluir que la reposición laboral en sus comienzos y, por lo menos, en primera instancia no era vista por la justicia constitucional (puesto que aún no existía) ni por

la justicia ordinaria sino por la autoridad administrativa del Ministerio de Trabajo de la época.

Esta cuestión puede resultar anecdótica pero bien grafica la importancia que la reposición laboral había adquirido dentro de un marco de protección de los derechos de los trabajadores, para que luego la Constitución de 1979 se ocupara de afianzar dicha tutela; previo a ello y no menos importante, en marzo de 1978 el General Francisco Morales Bermúdez dicta el Decreto Ley N° 22126, Decreto Ley que ampara el derecho a mantener el vínculo laboral y señala las causales de su rescisión, norma que si bien deroga el comentado Decreto Ley N° 18471 mantiene la mayoría de sus disposiciones para el despido y la reposición, aclarando y regulando de mejor manera algunos aspectos de su procedimiento; que complementa el trámite de acción de reposición en la siguiente forma:

Artículo 6° El trabajador que estimare que la causal invocada para su despido es injustificada podrá recurrir a la Autoridad Administrativa de Trabajo si acaso exigiere su reposición o al Fuero Privativo de Trabajo si decidiere la ruptura del vínculo laboral pero condicionada, en este caso, al pago de la indemnización especial prevista en el inciso b. del presente artículo.

a. La Autoridad Administrativa de Trabajo, ordenará la reposición del trabajador, si el empleador no probare la causal invocada en la carta de despedida. Además, ordenará el pago de hasta seis meses de las remuneraciones que se hubieren devengado desde la formulación de la respectiva denuncia hasta la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento.

La acción de reposición se ejercitará dentro de los treinta días calendario contados a partir de la fecha de recepción de la carta de despedida;

b. El Fuero Privativo de Trabajo ordenará el pago de una indemnización especial equivalente a doce remuneraciones mensuales, si el empleador no probare la causal invocada en la carta de despedida. Además, ordenará el Pago de hasta seis meses de remuneración computados desde la fecha en que se interponga la demanda hasta la expedición de la resolución que pusiere fin al procedimiento.

Las indemnizaciones señaladas en el párrafo anterior, son independientes de los beneficios sociales que pudiese corresponderle al trabajador. (...)”

De acuerdo a lo precisado, esta norma mantiene el carácter optativo de los mecanismos de la estabilidad laboral (reposición o indemnización), pero adicionalmente destina una vía adecuada para cada uno de ellos (Autoridad Administrativa de Trabajo si es que se opta por la reposición y Fuero Privativo de Trabajo si es que se elige la indemnización), así también establece plazos definidos para la acción de reposición (treinta días desde la fecha del aviso de despido) y, más aún, señala que los beneficios sociales que le correspondan al trabajador son independientes de la indemnización recibida.

Seguidamente, en junio de 1986 se da la Ley N° 24514, Ley que regula el Derecho de Estabilidad en el Trabajo, la cual mantiene el camino de sus predecesoras al regular la estabilidad laboral en su doble opción de la manera siguiente:

“Artículo 8°. El trabajador que considere que el despido es injustificado o no cumple con los requisitos formales exigidos por esta Ley, podrá recurrir al

Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales para que lo declare injustificado o improcedente.

A solicitud del trabajador afectado, en el acto del comparendo o después de esta diligencia, sin interrumpir la secuela del procedimiento el Juez podrá preventivamente disponer la suspensión del despido y la reincorporación de aquél en su puesto habitual de trabajo, cuando por la conducta del trabajador y las características del hecho imputado exista la presunción razonable de que el actor no ha incurrido en falta grave o cuando el despido se hubiera producido sin las formalidades señaladas en esta Ley.”

De manera concordante el artículo 12° reiteraba la doble opción que el trabajador podía tomar en la parte final del proceso ante el despido injusto, aspecto en el que puede notarse una evolución en el régimen de estabilidad laboral que, como vemos, ya llevaba vigente algunas décadas, y que se hace evidente en el hecho, por un lado, de que esta norma dirige la discusión del despido injustificado hacia la vía judicial ordinaria (Fuero de Trabajo), de modo tal que puedan brindarse al trabajador todas las garantías del debido proceso; y, por otro lado, que la reposición puede hacerse efectiva aún antes de la decisión judicial firme, convirtiéndose así en una especie de medida cautelar provisional que permitía la reincorporación del trabajador despedido injustamente a su empleo en tanto durara el juicio.

Estas medidas formaron parte del modelo proteccionista laboral emanado de la Constitución de 1979 y se mantuvieron vigentes hasta la denominada “flexibilización laboral” que surgió en los años noventa durante el gobierno neoliberal de Alberto Fujimori consolidando su sistema jurídico en la Constitución

de 1993, con la que se produjo un cambio radical en las normas laborales y en su orientación, de modo tal que se abandonó de plano el modelo proteccionista adoptándose el régimen de la flexibilización laboral en el que, por cierto, no se contemplaba a la reposición laboral como defensa ante el despido arbitrario sino que simplemente el trabajador despedido injustamente obtenía una indemnización monetaria, con lo cual claramente el régimen había transcurrido hacia la estabilidad laboral relativa, por lo menos en su desarrollo constitucional.

Antes de apuntar algunos aspectos importantes sobre la norma nacional vigente referida a la estabilidad laboral, y estando precisamente en el orden cronológico, corresponde hacer mención de un importante documento jurídico que proviene de la legislación supranacional y que también ha coadyuvado en la consolidación del régimen de estabilidad en el empleo. Nos referimos al Convenio N° 158 sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, aprobado por la Conferencia Internacional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1982, el cual establece en su artículo 4 lo siguiente:

“Artículo 4°

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 su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.”

Esta disposición amparada en el Convenio 158 le da contenido formal al doctrinario principio de continuidad que ya habíamos revisado, en el sentido que afirma tres posiciones fundamentales, primero, que la relación laboral debe ser estable en el tiempo; segundo, que dicha relación solo puede ser quebrada ante la

existencia de causa justa; y tercero, que esta causa justa debe estar relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o, también, por las necesidades de la empresa.

En suma, se trata de una redacción que contiene todas las características de un régimen de estabilidad laboral, a las cuales habrá que añadir otras que también figuran en el Convenio N° 158, entre ellas la prohibición prevista en el artículo 7° respecto a que el procedimiento de despido impida ejercer adecuadamente el derecho de defensa del trabajador, y también el artículo 8° numeral 1) que establece que el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a impugnarla ante las autoridades correspondientes, y por supuesto el artículo 10° del mismo cuerpo normativo que establece que si dicha autoridad llega a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada procederá la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo o, caso contrario, indemnizarlo, priorizando así la reposición como una adecuada protección ante el despido arbitrario.

Sin duda, podemos afirmar que el Convenio N° 158 es el planteamiento normativo que regula de una manera clara y solvente el régimen de estabilidad laboral otorgando protección adecuada a los derechos del trabajador ante el despido arbitrario, estableciendo con carácter supranacional un modelo que fue adoptado por varias legislaciones, incluida la nuestra como veremos a continuación.

Ahora bien, en contradicción a lo que había marcado la historia, no es inexacto decir que el Decreto Legislativo N° 728 promulgado en noviembre de 1991 más bien abolió la estabilidad laboral absoluta y eliminó la reposición laboral e hizo otras reformas que se relacionaban con su rumbo flexibilizador, creando, por ejemplo,

diferentes modalidades de contratación temporal y, también, instituyendo las empresas intermediadoras del empleo (luego denominadas “Services”), norma que luego fue subsumida en el Decreto Supremo 003-97-TR reconocido como el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dispositivo legal que contiene un tratamiento sistemático del despido y que mantiene vigente en la actualidad.

Finalmente y producto de una exigencia jurídica – procesal en nuestro sistema judicial se promulgó la Ley N° 29497 conocida como la Nueva Ley Procesal del Trabajo que en su desarrollo aporta nuevos matices a la discusión y de las vías procedimentales aplicables en el reconocimiento, declaración, modificación y extinción de derechos laborales en el régimen de la actividad privada, como es el caso específico de la impugnación de un despido arbitrario en la vía abreviada laboral cuando se presente como única pretensión, aspecto que importa al desarrollo de nuestra investigación.

2.3. Definición de términos

- **Estabilidad laboral.** Quiñones *et al.* (2014) señala que la estabilidad laboral es un derecho que busca garantizar la conservación del contrato, frente a las contingencias que se puedan presentar durante la relación de trabajo. Por ello, debemos considerar que en Derecho Laboral la estabilidad consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente. de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer especialísimas circunstancias.

Por constituir la relación laboral a través de un contrato de tracto sucesivo se perfila su normal continuidad. Esta permanencia reviste extraordinaria importancia jurídica y desde el punto de vista económico y social: para el patrono representa el mejor medio de conseguir un dependiente singularmente unido a una empresa y particularmente especializado en la labor profesional encomendada, para el trabajador significa la probabilidad de su propia seguridad. una ocupación duradera y cierta garantía para el sostenimiento propio y de su familia.

En la estabilidad del empleo hay un interés social y un interés económico, no solamente privativo del patrono y del trabajador, sino que alcanza a la propia producción. Finalmente, podemos concluir que la “estabilidad” constituye la seguridad jurídica brindada al trabajador de continuar su carrera profesional en la empresa.

- **Extinción del contrato de trabajo.** La Ley de Productividad y Competitividad Laboral en el artículo 16° regula las diferentes causales para que se culmine la relación laboral entre el empleador y el trabajador.

El tratamiento de la extinción de la relación laboral ha mostrado una gran heterogeneidad y una excesiva complejidad. Ante la problemática de la finalización de las relaciones laborales, el derecho laboral no ha podido acercarse siquiera a un cierto equilibrio entre sus actores. Por el contrario, sus normas han favorecido el conflicto, propiciando el desarrollo de costosos procesos judiciales.

- **Indemnización.** De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española “indemnizar” significa resarcir de un daño o perjuicio.

El término indemnización en la legislación laboral, se utiliza como resarcimiento económico, que se origina por la injusticia de un derecho que genera un despido arbitrario, el cual tiene como propósito cumplir con el pago indemnizatorio, pues se abona en función al salario base del trabajador y tiene una naturaleza reparadora por el daño sufrido.

- **Despido arbitrario.** El despido arbitrario es conocido por la doctrina como despido *ad nutum*, que quiere decir que el empleador no se preocupa si al trabajador, se le explica o no los motivos del cese ya que se utiliza su libre albedrío, su voluntad unilateral. El despido arbitrario es aquél que se origina al cesar a un empleador por la propia voluntad del empleador sin expresarle la causa o porque no se pudo demostrar. (Aparicio *et al.*, 2005, p.62)
- **Derecho del trabajo.** Al respecto la actual Constitución Política del Perú en su artículo 22° establece que “El trabajo es un deber y un derecho. Es la base del bienestar social y un medio de realización de la persona”; en este mismo entendido la Constitución de 1979 en la que se inspiró la vigente, establecía lo siguiente: “(...) El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones (...)”.

Por su parte la doctrina ha establecido de manera reiterada que lo primero a distinguir cuando hablamos del trabajo como un derecho, es diferenciar entre dos niveles, fases o estadios de este, el derecho al trabajo, como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada, y de

otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentra desarrollando en trabajador en particular. (Marcenaro, 2009, p. 45)

- **Principio de continuidad laboral.** Este es uno de los principales principios del derecho del trabajo, ya que protegen y les brindan seguridad a todos los trabajadores con el propósito de conservar su empleo. Este principio es esencial del derecho individual del trabajo, ya que su propósito es la continuidad y permanencia en el tiempo de acuerdo a la propia capacidad profesional del trabajador. (Quiñones et al, 2014, p.94)
- **Principio de igualdad y no discriminación.** El principio de igualdad se encuentra consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, por la que se indica que no puede instituirse tratos desiguales entre trabajadores que tengan las mismas condiciones.

Ávalos (2017) señala que “para que se configure la vulneración al principio de igualdad (...), no solo basta que la finalidad de la ley sea ilegítima, por no decir discriminadora, también es necesario que concurra el elemento de la diferenciación material” (p.163).

CAPÍTULO III: RESULTADOS Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

3.1. Resultados doctrinarios

3.1.1. El contenido esencial del derecho al trabajo

Al respecto, Cuba (2017) nos indica de manera general que:

A nivel doctrinario no existe consenso sobre el contenido esencial del derecho al trabajo, de esta forma, pueden apreciarse tres grandes corrientes:

- a) Alcance amplio o extenso del derecho al trabajo, por el cual este derecho presentaría una pluralidad de manifestaciones y tendría una conexión con otros derechos constitucionales, tales como el derecho a la vida, la protección contra el despido injustificado, la protección contra el desempleo, el derecho a la seguridad social, entre otros.
- b) Alcance reducido, limitado o restringido del derecho al trabajo: con lo cual se entendería este derecho como un simple mandato del legislador intentando obtener el pleno empleo
- c) Alcance mínimo o nulo: propuesto por aquellos que lo consideran un derecho prácticamente inoperante, llegando inclusive a discutirse su propia existencia como derecho.

Por otro lado, y también con carácter general, existen tres posibles corrientes doctrinarias que abordan la naturaleza del derecho al trabajo, y estas son:

- a) La tesis que lo considera como una simple orientación para el legislador y los poderes públicos en general, con lo que representaría un criterio más ético político que político jurídico.

- b) Configuración como verdadera obligación jurídica para los poderes públicos, en particular para el legislativo, controlándose su cumplimiento a través del recurso de inconstitucionalidad, lo cual no deja de plantear dificultades.
- c) La tercera postura sostiene que es un derecho de crédito frente al Estado: su reconocimiento constitucional a todos los ciudadanos se constituiría en la accionabilidad ante los poderes públicos, con la pretensión de obtener un puesto de trabajo. (p.34)

Por su parte Blancas (2006) ha señalado lo siguiente respecto al derecho al trabajo:

Este derecho posee una doble vertiente, que incluye, además, de su tradicional concepción como una aspiración legítima al empleo –que toca a los poderes públicos efectivizar a través de las adecuadas políticas económicas y sociales- otra no menos importante, como es la de garantizar la conservación del trabajo a quien lo tiene protegiéndolo contra extinciones carentes de razón, y, por tanto, abusivas o arbitrarias.

Porque, en definitiva, tanto se opone al derecho al trabajo, el desempleo original, de quien accede a la edad de trabajar y carece de empleo y carece de empleo, cuanto el desempleo sobreviniente de quien pierde el puesto de trabajo que ocupaba, más aún cuando esta pérdida obedezca a motivos irrazonables y arbitrarios. (p.119)

3.1.2. Protección frente al despido arbitrario

3.1.2.1. Evolución histórica jurídica

El derecho laboral tiene como justificación de su existencia la protección del trabajador en su situación de desventaja frente al poder del empleador. Es decir, se constituye como un mecanismo de nivelación en la relación contractual a nivel laboral. En tal sentido, es necesario que el ordenamiento laboral cumpla con su rol de protección del trabajador.

Uno de los temas importantes, respecto a la protección que merece todo trabajador, es la protección frente al despido, ya que su inexistencia no garantizaría el pleno ejercicio de uno de los elementos sustanciales del contenido del derecho al trabajo, el cual es el derecho a la permanencia en el empleo.

Por tal razón, el legislador laboral ha rodeado al despido de exigencias y formalidades, que garantizan al trabajador una protección adecuada frente a ejercicio de ese poder unilateral que posee el empleador y que le permite dejar sin efecto la relación laboral, incluso en forma intempestiva.

Al grado de protección deseado se ha llegado luego de una evolución, la misma que ha tenido altibajos debido a la presencia de intereses entre empleadores y trabajadores acerca de la regulación legal de la extinción del contrato de trabajo.

Estas divergencias en algunos casos se resolvieron con fórmulas legislativas conciliadoras entre los principios de “libertad contractual” o de empresa, de un lado, y de estabilidad en el empleo” o “de continuidad”, de otro.

Debe precisarse que, si bien a lo largo del tiempo se ha producido una evolución de los niveles de protección frente al despido, lo cual llegó a su punto cúspide con la formulación del Convenio 158 de la OIT, en el año 1982, debe

indicarse que actualmente, como consecuencia del proceso de “flexibilización” del derecho del trabajo, resulta difícil sostener el carácter evolutivo del proceso.

Al respecto, cabe citar al tratadista Bronstein (1990) quién señala que, en el contexto de la flexibilización, es común que se argumente que las posibilidades de adaptación rápida tropiezan con una reglamentación del trabajo que establece un sistema de protección frente al despido que dificulta e inclusive imposibilita la movilidad de la mano de obra (...). Para solucionar esta rigidez se preconiza la flexibilización de la contratación laboral, que en términos realistas se pudiera traducir por la expresión “mayor facilidad para despedir. (Cuba, 2017, pp. 66-67).

3.1.2.2. Naturaleza jurídica

Desde el punto de vista de que el despido importa la expresión de un poder que se le reconoce al empleador, debe manifestarse que existen etapas determinadas en función de la amplitud e intensidad en el ejercicio de dicho poder, las cuales son las siguientes:

a) El despido: Poder absoluto

Previamente a la etapa de formación del Derecho del Trabajo, cuando aún no se habían definido los principios e instituciones de esta disciplina jurídica, las relaciones laborales se encontraban reguladas por el Derecho Civil o el Derecho Comercial, y se solían encuadrar en la figura del arrendamiento de servicios. Así, el contrato de trabajo podía ser resuelto en cualquier momento por decisión de cualquiera de las partes, toda vez que esta concepción, se basaba en el principio de autonomía de la voluntad y en la igualdad de las partes, que permitía al empleador despedir al trabajador

sin formalidad alguna ni obligación de resarcimiento por la ruptura contractual.

La doctrina laboral conoce a esta forma de extinción de la relación de trabajo como despido *ad nutum* como un ejercicio del poder empresarial sin limitaciones de ninguna clase, sin límites causales, de modo que pudiera ser despedido el trabajador en cualquier momento y sin alegación de causa alguna; sin límites formales determinadas y sin límites en los efectos o consecuencias, de suerte que la resolución no arrastre consigo la obligación empresarial de indemnizarse por daños y perjuicios.

Este tipo de despido posibilita el cese del trabajador en forma absoluta discrecional e incausada, por lo que no es posible formular un cuestionamiento a la licitud del despido, ya que el ejercicio de la potestad por parte del empleador que le permite cesar al trabajador estaba reconocido por el ordenamiento, razón por la cual la decisión adoptada a través de la cual se despedía al trabajador no podía ser revisada en sede judicial ni administrativa. Los perjuicios que podrían originarse en el trabajador como consecuencia de la medida adoptada por el empleador tendrán que ser asumidos íntegramente por él, sin posibilidad de resarcimiento alguno.

Este sistema rigió en el Perú hasta la dación de la Ley N° 4916, del 07 de febrero de 1924. (Cuba, 2017, pp. 67-68).

b) El despido: Poder limitativo

En una segunda etapa en la regulación del despido, ya se reconoce el Derecho del Trabajo como mecanismo de defensa de los derechos de los trabajadores, en su situación de desigualdad frente al poder del empleador.

Justamente una de las manifestaciones en pro de dicho equilibrio se proyectó sobre la cesación del vínculo laboral, en particular sobre el despido, con el objetivo de proteger el empleo del trabajador, limitando para ello el poder extintivo del empleador. (Cuba, 2017, p. 68)

El despido corresponde al desarrollo del derecho del trabajador, cuyos principios e instituciones características inspiradas en la idea de la protección del trabajador como medio para equilibrar la desigualdad real subyacente en la relación, trabajador y empleador, es así que dicha evolución ha conocido tres etapas: la exigencia del preaviso antes de proceder al despido; el pago de indemnizaciones en caso de despidos así como la prohibición de despidos en determinados periodos y finalmente la exigencia de que toda terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador deba basarse en la causa que le justifique. Tal como lo ha calificado la doctrina de un “despido pagado”, no sujetos a requisitos de fondo en cuanto a la existencia de una causa como elementos legitimadores del despido. (Blancas, 2006, p. 84)

Este modelo de protección no hace posible el juicio de legitimidad del acto de despido, pues el empleador sigue gozando de una facultad *ad libitum* para despedir, bien que estando ahora obligado ya sea a respetar una formalidad o a resarcir al trabajador, o a veces a ambas cosas, de acuerdo a la opción que adopte el ordenamiento laboral.

A esta etapa corresponde el régimen legal instaurado en el Perú con la Ley N° 4916 y su reglamento del 22 de junio de 1928. Estas normas introdujeron en nuestro ordenamiento laboral las figuras del preaviso y de la

indemnización por despido, como limitaciones iniciales al poder empresarial de despedir al trabajador. (Cuba, 2017, p. 69)

c) El despido: Poder excepcional

Se señala el poder empresarial de despedir al trabajador como poder excepcional, ya que en sí no existe dicha facultad, sino solo en determinadas circunstancias excepcionales que se denominan causas justas, y que de no configurarse estas, no se configura este derecho, facultad o poder del empleador de despedir al trabajador.

En este sentido, tal como lo sostienen Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia: El ingrediente más decisivo de esta tendencia legal más favorable a la estabilidad en el empleo, fue la restricción de la libertad empresarial de despido mediante la exigencia de justa causa. (Valverde, et al, 1991) (Cuba, 2017, pp. 69 – 70)

El derecho del empleador para despedir anota que; la causa justa viene de este modo a constituirse en el elemento legitimador del despido: en el supuesto habilitante del poder patronal para el despido y convertirse a este en un acto legítimo. Por el contrario, la ausencia de una causa justa supone que el despido es un acto arbitrario basado en un poder de hecho, pero carente de legitimidad jurídica; ello significa que producido el despido el trabajador que no lo considere justificado puede impugnar generalmente en sede judicial que declare legítimo aquel acto patronal.

Siendo esto así, el poder empresarial de despedir al trabajador se transforma en un poder excepcional en lugar de configurar un poder ordinario, ello

quiere decir que no existe dicha facultad salvo que concurra una de las causales previstas en la ley o en la norma jurídica en cuestión.

En nuestro ordenamiento, la necesidad de que el despido se configure mediante una causa justa fue introducida por el D.L. N° 18471 promulgado el 10 de noviembre de 1970. Este decreto introdujo por primera vez el régimen de estabilidad en el trabajo, siendo que esta institución ha ido sufriendo importantes modificaciones y ha ido evolucionando, siendo reconocida constitucionalmente con la Constitución de 1979, que la elevó a rango de derecho fundamental.

Más adelante, con la dación de la Constitución de 1993, el derecho a la estabilidad en el empleo sufrió un retroceso al suprimirse en esta carta toda referencia a la estabilidad en el trabajo, limitándose a señalar que: “La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. (Cuba, 2017, p. 70)

d) El despido: Poder legítimo

La doctrina por su parte ha establecido “(...) será legítimo siempre que se encuentre sustentado en una causa que sea por la trascendencia y gravedad del hecho imputado que justifique la extinción de la relación laboral. Esto quiere decir la determinación de la falta grave que se imputa al trabajador, lo que el empleador debe corroborar, demostrar y probar la falta grave en su defensa. Esta valoración se realiza en el plano material de los hechos en la etapa de juzgamiento en el poder judicial; si no prueba será un despido arbitrario, si prueba el empleador será un despido justificado. (De la Cruz *et al.*, 2014, p. 10)

e) **El despido: Poder legal**

Por regla general, se entiende que el despido será legal siempre que dicha decisión haya sido emitida dentro de un procedimiento en el que el trabajador haya tenido conocimiento de los cargos que se le imputan, asimismo que haya gozado de un plazo razonable para presentar sus descargos y se le haya comunicado la decisión final en la que se encuentre debidamente motivadas las razones de la extinción laboral, las mismas que deberán guardar correspondencia con los cargos imputados, esta valoración se realiza en el plano formal de los documentos.

Esto quiere decir que el empleador tiene la oportunidad de someterlo al trabajador a un procedimiento administrativo a fin de no trasgredir el derecho de la legítima defensa y el debido proceso; de probar ante la vía judicial será un despido justificado, caso contrario se convierte en arbitrario.

3.1.3. Regímenes de protección contra el despido arbitrario

➤ **Sustantivo**

El legislador puede adoptar las siguientes:

- a) **Protección preventiva:** Busca evitar o impedir que se suscite el despido arbitrario si es que no media causal y que esta se pruebe previo procedimiento disciplinario.
- b) **Protección reparadora:** Se traduce en una compensación económica (indemnización), que funciona solo en aquellos casos en que el trabajador, conforme a su libre albedrío, decida que es la protección adecuada contra su despido.

➤ **Procesal**

Por medio de ella, se establece un modelo de protección jurisdiccional, que puede ser simultáneo al régimen de protección sustantivo. Los modelos pueden ser:

- a) **La acción indemnizatoria (eficacia resarcitoria):** Estaría asociada al régimen de protección sustantiva reparadora y se interpone en la vía ordinaria laboral.
- b) **La acción de amparo (eficacia restitutoria):** Busca reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional, es decir la readmisión en el empleo del trabajador.

3.1.4. Marco general sobre la estabilidad laboral

La estabilidad laboral es uno de los derechos laborales que ha sufrido cambios radicales en los últimos años a nivel constitucional y legal. En esta línea, es importante analizar si las variaciones que ha tenido el contenido del derecho a la estabilidad laboral generan una modificación en la protección jurisdiccional que pueda conferirse, concretamente, mediante una acción de amparo.

La estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo ante las vicitudes que se presentan en la relación laboral, siendo una manifestación del principio de continuidad. (Toyama, 2005, p. 501)

Por su parte Cuba (2017) precisa que “la estabilidad laboral constituye un elemento valioso para dar tranquilidad y seguridad a los trabajadores en cuanto a la permanencia en su puesto de trabajo” (p.71).

Por ello, sin la estabilidad laboral serían mínimas o nulas las posibilidades de ejercicio de los derechos individuales o colectivos y los mecanismos para la tutela de estos no tendrían suficiente exigibilidad frente al empleador. Es por ello que se dice que la estabilidad laboral es la garantía imprescindible para el ejercicio de los demás derechos laborales.

3.1.4.1 Clases de estabilidad laboral

Respecto a las clases de estabilidad laboral, resulta didáctico exponer la posición doctrinaria sobre la clasificación propuesta por Díaz (1987) citado por Cubas (2017) consiste en la siguiente:

a) Por la naturaleza de la estabilidad laboral

- Estabilidad absoluta

Definida por el tratadista Guillermo Cabanellas como la posesión vitalicia del empleo hasta la jubilación o retiro por parte del trabajador de su cargo o función laboral.

- Estabilidad relativa

El doctor Guillermo Cabanellas la define como “durabilidad” y considera que da lugar a la subsistencia normal o indefinida del contrato de trabajo.

- Estabilidad cuasi absoluta

Se configura este tipo de estabilidad cuando el trabajador solo puede ser despedido por haber incurrido en falta grave o existir un proceso de reducción de personal o cierre de empresa o negocio por razones técnicas o de índole económico. De esta manera no se aceptaría ninguna otra causal que se halle previamente regulada por ley, ya que, de lo contrario, se estaría configurando un abuso de derecho que la ley no ampara.

- **Estabilidad relativa**

Se constituye por el ejercicio de la voluntad unilateral del empleador y presupone la posibilidad de extinguir la relación laboral por diversas causas, aun cuando estas no hayan sido debidamente probadas. Pero exige un mínimo de requisitos para su validez tal como el aviso de previo despido, facultando sustituirlo con el pago indemnizatorio.

b) Por su origen

Puede ser de carácter constitucional, legal o legislada por normas de menor jerarquía. Asimismo, puede ser por acuerdo de partes, o a nivel de pactos o convenios colectivos.

c) Por los alcances o efectos

- **Estabilidad laboral propia**

La cual obliga al empleador a reponer al trabajador en su puesto de trabajo en caso de que no se acredite la causal de despido. En este caso, la mayoría de legislaciones contempla el derecho del trabajador de percibir las remuneraciones devengadas a partir de la fecha en que se produjo el despido injustificado.

- **Estabilidad impropia**

No otorga al trabajador necesariamente la posibilidad de solicitar la reposición en el puesto que trabajó, ya que será la autoridad competente la encargada de decidir si procede a sustituir la reposición del trabajador en su puesto de trabajo o el pago de una indemnización.

d) Por razón de la época en que se asegura la permanencia del trabajador

- **Estabilidad inicial**

Es aquella mediante la cual se otorga al trabajador por un tiempo que se computa desde el inicio de la relación laboral, en el cual no puede ser despedido, pero que una vez vencido este plazo sí puede despedírsele. Durante este periodo el trabajador goza de la estabilidad absoluta, perdiendo el trabajador este derecho en el supuesto de que incurra en falta.

- **Estabilidad a cierto plazo o al cumplimiento de circunstancias determinadas**

Este tipo de estabilidad exige que el trabajador haya cumplido con cierto periodo de tiempo en el puesto de trabajo o halla en su defecto cumplido con ciertos requisitos.

e) **Por el sector al que brinda servicios el trabajador**

- **Estabilidad para empleados públicos**

En nuestro ordenamiento la relación laboral de los empleados públicos se encuentra regulada desde hace algunos años por el Decreto Legislativo N° 276, que ha venido regulando los servicios de los servidores de la administración pública y las causas únicas por las que el servidor público pueda cesar de su cargo y/o ser destituido de sus funciones. En el año 2013 se dio la Ley N° 30057. Ley del Servicio Civil, la misma que busca establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas. En esta norma se determinan causales objetivas de extinción del vínculo laboral con el Estado de estos servidores.

f) La estabilidad laboral contractual y/o convencional

Este tipo de estabilidad laboral tiene su base en el acuerdo o contrato de las partes, en los convenios o pactos colectivos celebrados entre las partes a través de los representantes del sindicato y la empresa; consagra la estabilidad forzosa puesto que no existe ningún inconveniente para que las partes acuerden la estabilidad laboral en función del principio de la autonomía de la voluntad. El acuerdo adoptado se convierte en ley para las partes aun cuando rebasen las condiciones mínimas de carácter imperativo determinados por ley.

En el Perú existe un antecedente de este tipo de estabilidad laboral, el cual, lo representa el pacto firmado por la federación de empleados bancarios y la Asociación de Bancos del 18 de junio de 1951, por el que se acordó “Que todo empleado honrado y que cumple con sus deberes y obligaciones contará con el apoyo del banco para asegurar su estabilidad”

Así también tenemos otra clasificación propuesta por Lapouble a través de la siguiente forma:

a) Atendiendo el grado de libertad que tenga el empleador para disolver la relación laboral

○ **Estabilidad absoluta**

Que existirá cuando se prohíba al empleador disolver el vínculo laboral por acto propio o unilateral, siendo la única causa válida para la disolución del vínculo laboral las que se encuentren expresamente determinadas en las leyes, causas que se encontraran sujetas además a la comprobación por la autoridad de trabajo. A través de la estabilidad

absoluta se otorga al trabajador el derecho a la reposición toda vez que la autoridad de trabajo desestime la causa invocada por el empleador.

Se dice que la estabilidad absoluta contraviene la naturaleza de las cosas, ya que se opone al derecho humano del empleador de poner fin a la relación laboral obligándolo a convivir con una persona que no se quiere; además de ello, la estabilidad absoluta no puede existir, porque, aunque el despido sea por causa justa o razones de fuerza mayor, la disolución de la relación laboral se concreta de todas maneras.

- **Estabilidad relativa**

Se da cuando se le concede al empleador cierta libertad para disolver el vínculo laboral, sin que medie causa justa y la comprobación de esta, con la única obligación de compensar el despido con la indemnización adecuada.

b) Según la amplitud del derecho a la estabilidad

La misma que se subdivide en lo siguiente:

- **Estabilidad de entrada**

La cual opera desde el momento mismo de la contratación y consiste en el establecimiento de una presunción legal de duración indefinida del contrato de trabajo; es decir, se prefiere la contratación indefinida sobre la temporal, salvo que, por su naturaleza, la labor que el trabajador vaya a realizar sea temporal.

- **Estabilidad de salida**

Opera en el momento de la extinción de la contratación y consiste en la prohibición del despido injustificado. Se subdivide, de acuerdo a la oportunidad del despido y puede ser:

- Despido directo: En el cual el empleador por libre voluntad extingue la relación reconociendo al trabajador afectado el derecho de impugnar su decisión ante el Poder Judicial.
- Despido propuesto: En este caso, la decisión de extinguir la relación laboral requiere de autorización expresa de la autoridad competente.

3.1.4.2. La estabilidad laboral en la Constitución de 1993

El artículo 27 de la Constitución de 1993 prevé que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. El reconocimiento de la estabilidad laboral en el ámbito constitucional trae consecuencias importantes respecto de su regulación en el ámbito primario. El principio de reserva legal se impone de manera automática; solo por ley puede regularse un derecho constitucional y, además, esta y cualquier otra norma deben sujetarse a los parámetros establecidos en el artículo 51° de la Constitución.

De otro lado, la protección adecuada debiera importar una causalización del despido y la obligación de que el legislador regule normativamente las causas y los procesos aplicables para los diferentes supuestos de extinción de la relación laboral; ciertamente, ante la transgresión de los imperativos de protección laboral, el legislador debe fijar un mecanismo de tutela a favor del trabajador afectado.

Si bien el artículo 27° de la Constitución alude expresamente a la estabilidad de salida. Esta presupone el reconocimiento de la estabilidad de entrada. No puede existir estabilidad de salida sin estabilidad de entrada, y viceversa.

El artículo 27° de 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. A diferencia de la Constitución de 1979, no se reconoce la estabilidad laboral absoluta en el ámbito constitucional.

3.2. Resultados jurisprudenciales

3.2.1. El trabajo desde la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Dentro de los conceptos generales que la doctrina establece sobre el significado de trabajo, encontramos algunas diferencias, aunque todos determinan directrices conceptuales en común, consistiendo en una actividad humana, generadora de diferentes formas de riqueza y producción, que conlleva por lo general a una retribución económica o en especies. En esta vista panorámica, el mediante STC Exp. N° 0008-2005-PI, el Tribunal Constitucional estableció una idea conceptual sobre el trabajo, en los términos siguientes:

Al trabajo puede definírsele como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En este contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc.

El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma.

En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre.

A través del trabajo se presenta siempre la impronta del ser humano; o sea huella, marca o sello que caracteriza su plasmación (...).

El trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante este no solo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre. (f.j.18)

3.2.1.1. Contenido del derecho al trabajo

Es unívoco que, para el Tribunal Constitucional, el derecho al trabajo tiene un contenido laboral definido, concreto y exigible: acceso (por ejemplo, del principio de primacía de la realidad), desarrollo (el derecho a la promoción o ascenso) y extinción (la reposición ante despido sin expresión de causa) en las relaciones laborales: todas etapas del contrato laboral están comprendidas dentro del contenido.

El Tribunal Constitucional ha interpretado que el derecho al trabajo reconocido en la Constitución otorga al trabajador protección contra un despido sin expresión de causa y ello importa que el trabajador tenga derecho a ser repuesto en una acción de amparo.

Para el Tribunal, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22° de la Constitución importa la posibilidad de no ser despedido sino por causa justa, de tal manera que cualquier despido sin expresión de causa, resulta atentatorio con la Constitución, así en la STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC podemos advertir el siguiente fundamento:

Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

3.2.1.2. Doble signo (configuración)

El Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 0008-2005-PI ha expresado que el trabajo se configura con base a un doble ámbito de desarrollo que lo establece en lo personal (inherencia) y necesario (sustento) en el fundamento siguiente:

El trabajo tiene doble signo en lo personal y necesario. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora. Es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza. (Fundamento 18)

3.2.1.3. Importancia

Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor y; por consiguiente, verdadero fin de todo proceso productivo. El supremo colegiado constitucional, en su labor interpretativa de la Constitución ha

señalado que la importancia del trabajo se sostiene en tres aspectos de orden sustantivo:

- Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia sociales.
- Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida.
- Carácter social de la función, ya que solo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros.

3.2.2. Protección contra el despido arbitrario

3.2.2.1. Regulación constitucional

Ahora, si bien [el artículo 27° de la Constitución Política] no indica en qué términos ha de entenderse esa “protección adecuada”. En su lugar señala que la ley tiene la responsabilidad de establecerla; es decir, que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de ley. En la medida que el artículo 27° constitucional no establece los términos en que debe entenderse la protección adecuada y prevé una reserva de ley para su desarrollo, el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un “derecho constitucional de configuración legal”.

Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista *prima facie* una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27° o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre

absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido como puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, estas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas “adecuadas”.

Es así que, tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- a) Se trata de “un mandato al legislador”.
- b) Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c) No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser “adecuado”, se está resaltando –aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo.

En este orden de ideas, la STC contenida en el Exp. N° 976-2001-AA/TC, 13 de marzo del 2003 explica que:

Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará “adecuada protección frente al despido arbitrario”, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse como un encargo absolutamente abierto que lleve al legislador a perder la esencia del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los

mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional.

3.2.2.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

Por otra parte, corresponde analizar los alcances del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario en el régimen laboral. Para ello, hemos de comenzar recordando que en la STC Exp. N° 00976-2001-AA/TC, este Tribunal delimitó el contenido del mencionado derecho constitucional e interpretó que debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario. En efecto, en la sentencia mencionada se precisó que:

El derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27 de la Constitución puede ser abordado desde dos perspectivas: i) un régimen de carácter sustantivo, y ii) un régimen de carácter procesal. El régimen de carácter procesal. El régimen de carácter sustantivo contra el despido arbitrario puede ser: i) de carácter preventivo, o ii) de carácter reparador. Mientras que el régimen de protección procesal puede ser: i) de eficacia resarcitoria, o ii) de eficacia restitutiva.

3.2.2.2.1. Regímenes de protección

Asimismo, en la STC recaída Exp. N° 976-2001-AA/TC se precisó que:

Ante la diversidad de las formas cómo el legislador nacional puede desarrollar el contenido del derecho en referencia, para lo que goza un amplio margen de discrecionalidad dentro de lo permitido constitucionalmente, este Tribunal considera que dicho tema puede ser abordado, por decirlo así, desde dos perspectivas: por un lado, a través de

un régimen de carácter “sustantivo” y, por otro, con un régimen de carácter “procesal”.

a) Régimen sustantivo de protección

➤ **Protección preventiva**

Según este modo posible de desarrollo legislativo del artículo 27° de la Constitución Política, el contenido del derecho puede ser configurado por el legislador de modo tal que se “prevenga”, “evite” o “impida” que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente. Es decir, que mediante ley se prevea que no se pueda despedir arbitrariamente al trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida que esta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso. Recibe la calificación de preventiva debido a que la protección adecuada que enuncia el artículo 27° de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario.

En nuestro ordenamiento jurídico, un régimen de protección adecuada contra el despido arbitrario en esos términos es el que se ha previsto para los trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública, a través del Decreto Legislativo N° 276.

A su vez, en el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, esta protección “preventiva” se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31 de dicha ley –inspirado, a su vez, en el artículo 7 del Convenio N° 158 de la Organización Internacional de Trabajo-, que prohíbe al empleador despedir al trabajador sin haberle imputado la causa de despido

y otorgado un plazo no menor a 6 días naturales para que pueda defenderse de dichos cargos, salvo el caso de falta grave flagrante.

Al respecto este Tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente N° 976-96-AA/TC, estableció que la omisión del procedimiento previo de defensa al trabajador vulnera el derecho constitucional al debido proceso, por lo que procedió a amparar el derecho lesionado ordenando la reposición del recurrente. En el mismo sentido se ha pronunciado en las sentencias recaídas en los expedientes Nros. 1112-98-AA/TC; 970-96-AA/TC, 795-98-AA/TC, 482-99-AA/TC, 019-98-AA/TC, 712-99-AA/TC Y 150-2000-AA/TC.

➤ **Protección reparadora**

Según este segundo criterio, el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27° de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. En tal supuesto, la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias.

El Tribunal Constitucional considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido, cobra la indemnización correspondiente, o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización.

En cualesquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido arbitrario debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización.

Así lo ha sostenido este Tribunal Constitucional en el caso Ramírez Alzamora contenida en la STC recaída en el Expediente N° 0532-2001-AA/TC), donde declaró infundada la demanda planteada como consecuencia de un despido arbitrario, pues previamente el demandante aceptó el pago de sus beneficios sociales y la indemnización por el despido.

En aquella ocasión, este Tribunal señaló lo siguiente: “De fojas cincuenta y cuatro a cincuenta y cinco obra la liquidación por tiempo de servicios debidamente suscrita por el demandante, en la que se consigna el pago de la indemnización por despido arbitrario y demás beneficios sociales que establece la normativa laboral; lo que acredita que quedó extinguida la relación laboral entre las partes, conforme lo ha establecido este Tribunal a través de uniforme y reiterada jurisprudencia”. Este es, por cierto, el régimen legal que ha sido adoptado por el legislador tratándose de trabajadores sujetos a la actividad privada.

Por ello, a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador –vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995-, ha previsto la indemnización como uno de los modos

mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional.

b) Régimen procesal de protección

➤ **Sistema de eficacia resarcitoria**

[...] el establecimiento de un régimen “sustantivo” de protección adecuada contra el despido arbitrario, en los términos que antes se ha indicado, no es incompatible con la opción de que el mismo legislador establezca, simultáneamente, un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario, por decirlo así, de carácter “procesal”. Es decir, el establecimiento mediante ley de un régimen de protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que, en algunas oportunidades, puede encontrarse estrechamente relacionado con el régimen sustantivo, pero que, en otros, también puede tener un alcance totalmente independiente.

En efecto, un modelo de protección procesal, estrechamente ligada al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (con excepción del supuesto de despido “nulo”) en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 728, pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; es decir, ordenar el pago de la

indemnización correspondiente. Se trata de un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario que tiene eficacia resarcitoria y, como tal, se trata de un derecho que el ordenamiento reconoce al trabajador, tal como se desprende, por lo demás, de la propia ubicación estructural asignada al artículo 34 dentro del Decreto Legislativo N° 728.

➤ **Sistema de eficacia restitutoria**

Al respecto:

[...], al lado de [la eficacia regulatoria] puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que, en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional.

Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1 de la Ley N° 26506, “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”

En el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no es el pago de una indemnización. Es la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente.

Y es que, en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. Así ocurre, por ejemplo, con el despido discriminatorio, en el cual el despido es tan solo el medio utilizado para practicar un acto discriminatorio en perjuicio de un trabajador a causa de su raza, color, sexo, idioma, religión, actividad sindical, opinión política o cualquier otra condición.

c) Enfoque integrador

[...] este Tribunal Constitucional considera que el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N° 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues este (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y complitud.

Además, como antes se ha dicho, en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa

imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presente en dicho despido.

Por ello, el Tribunal Constitucional no puede compartir la tesis demandada, según la cual en el amparo no cabe ordenarse la restitución del trabajador despedido arbitrariamente, sino únicamente ordenarse el pago de una indemnización. Tal postura, en torno a las implicaciones del artículo 27 de la Constitución, desde luego, soslaya el régimen procesal que también cabe comprender dentro de dicha cláusula constitucional y que constituye un derecho del trabajador despedido arbitrariamente.

d) Opción dual

[...] 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. Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia 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) Protección procesal constitucional

Respecto a este último, la STC Exp N° 05650-2009-PA/TC precisa los siguientes alcances:

Por la propia finalidad del amparo, la protección procesal contra el despido arbitrario no consiste, como sí lo es en las acciones incoadas en la

jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario, sino en “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, como expresamente indica el artículo 1° de la Ley N° 28237, esto es la restitución del trabajador en su centro de trabajo, del cual fue despedido arbitrariamente.

3.2.2.2.2. Reposición por despido arbitrario vía proceso de amparo (eficacia restitutoria)

La cual ha sido desarrollada en la STC Exp. N° 04066-2008-PA con los siguientes fundamentos:

En consecuencia, en el presente se ha demostrado que las labores que realizaba el recurrente eran de carácter permanente y propio de la entidad demandada, por lo que se encubrió una relación de carácter laboral con una de naturaleza civil.

Por ello es que un contrato civil suscrito sobre la base de estos supuestos, en aplicación del citado principio laboral se debe considerar como un contrato de duración indeterminada, en consecuencia, cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral, solo podría sustentarse en una causa justa establecida por ley y debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario, como ha sucedido en el caso de autos.

Finalmente, este Colegiado considera que la ruptura del vínculo laboral sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación como la antes descrita, configura un despido arbitrario, por lo que teniendo

en cuenta la finalidad restitutoria del proceso de amparo constitucional procede la reincorporación del demandante en el puesto que venía desempeñando a la fecha en que se produjo la violación de derechos fundamentales. (ff.jj. 5-7)

3.2.2.2.3. Fundamento de la ineficacia del despido

Este concepto también desarrollado en la STC Exp. N° 976-2001-AA/TC expone:

(...) la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51° de nuestra norma fundamental, no permite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra.

En efecto, la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, *per se*, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado; lo que conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumir.

3.2.2.2.4. Pago indemnizatorio restringe la pretensión de reposición laboral

El Tribunal Constitucional ha señalado que el otorgamiento del pago indemnizatorio al demandante, este no podrá pretender vía proceso de amparo la reposición en su trabajo, dicho precepto se encuentra contenido en (STC Exp. N° 00140-2011-PA en los siguientes términos:

Sin perjuicio de lo expuesto cabe precisar que el hecho de que el empleador haya efectuado el depósito de la liquidación de beneficios sociales de la demandante, incluyendo el pago de la indemnización por despido arbitrario, ello no significa señal alguna de aceptación de pago de esta última, dado que, conforme lo ha establecido este Colegiado a través de la STC Exp. N° 03052-2009-PA/TC, el cobro de los beneficios sociales que por derecho le corresponde percibir al trabajador (compensación por tiempo de servicios, vacaciones trucas u otros conceptos remunerativos) no supone el consentimiento del despido arbitrario, salvo que el afectado acepte el pago de la indemnización otorgada por el empleador, en cuyo caso, operará la garantía indemnizatoria contenida en el artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo que el trabajador no podrá luego pretender su reposición a través del proceso de amparo; situación que en el caso de autos, no se ha presentado, por lo que dicho alegato carece de sustento para sostener que ha operado la sustracción de materia controvertida en el presente caso. (f.j. 7)

3.2.2.2.5. Agotamiento de la vía previa (consideraciones de no exigibilidad)

Para tratar sobre el agotamiento de la vía previa, por afectación del derecho al trabajo por despido arbitrario, necesariamente debemos tener una perspectiva

concreta, sobre el agotamiento de la vía previa, señalando el propio Tribunal que se “constituye un presupuesto procesal consustancial (...), que ha sido destacado por este Tribunal en la STC Exp. N° 0485-2002-AA/TC como una condición de la acción exigible para que pueda obtenerse un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional.

El Tribunal Constitucional ha mencionado que, con el objeto de preservar el carácter subsidiario, del proceso de amparo, debe cumplirse con el agotamiento de la vía previa respectiva (ámbito administrativo), pero cuando existe afectación de derechos constitucionales, esta vía resulta inútil, afectando la tutela de estos derechos. Debido a lo expuesto, el Tribunal ha precisado dos consideraciones, para la exigencia de la vía previa.

De otro lado, debe señalarse que tratándose de agresiones atribuidas a las entidades que conforman la Administración Pública, la vía previa viene constituida por la vía administrativa, que siempre viene configurada por los recursos administrativos y el procedimiento administrativo, que son conocidos, tramitados y resueltos al interior de la propia entidad. En cambio, tratándose de agresiones atribuidas a particulares o personas jurídicas, el afectado estará sujeto a tal exigencia, únicamente si el estatuto de aquella contempla el referido procedimiento, ya que según el inciso 3) del artículo 46° del Código Procesal Constitucional no será exigible el agotamiento de las vías previas si esta no se encuentra regulada.

Teniendo presente lo expuesto anteriormente, corresponde determinar si en los casos en que se alega haber sido objeto de un despido arbitrario resulta o no exigible el agotamiento de la vía previa. Al respecto, este Tribunal considera que:

- a. Si el acto de despido ha sido efectuado por una entidad que conforma la Administración Pública, cuyo régimen laboral se haya regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, la vía previa se encuentra regulado por los recursos administrativos y el procedimiento administrativo establecido en la Ley N° 27444. El administrado que inicia el agotamiento de la vía administrativa, transcurrido el plazo para que la Administración Pública resuelva el recurso administrativo interpuesto, tiene la potestad de acogerse al silencio administrativo –y así acudir a la vía jurisdiccional- o de esperar el pronunciamiento expreso de la Administración Pública.
- b. Si el acto de despido ha sido efectuado por una entidad que conforma la Administración Pública, un particular o una persona jurídica, cuyo régimen laboral se haya regulado por el Decreto Legislativo N° 728 y el Decreto Supremo N° 003-97-TR, el agotamiento de la vía previa solo será exigible si esta se encuentra prevista y regulada en el estatuto o reglamento interno de trabajo, caso contrario, la obligación de agotamiento deviene en inexigible, resultando válido acudir a la vía de amparo.

3.2.2.2.6. Nuevo criterio sobre procedencia de despido arbitrario

El Tribunal Constitucional a través de la Sentencia N° 03070-2013-PA, recientemente recompuesto ha establecido un nuevo criterio de procedencia, sobre despido arbitrario vía el proceso de amparo y que esta debe ser dilucidada en el proceso abreviado laboral, sustentado este criterio de procedencia sobre la figura de la tutela de urgencia que consiste en procedimientos breves que están direccionados a solucionar o resolver, conflictos en las cuales están inmersos derechos

constitucionales, siendo estos derechos por su propia naturaleza y el proceso que los cautela de naturaleza de urgencia.

3.2.2.3. Pronunciamiento de la Corte Suprema

La Casación N° 19087-2015 LIMA, citando a Carlos Blancas Bustamente, indica que el despido arbitrario, engloba varias formas distintas, los cuales son: i) por una causal no prevista en las normas legales, ii) cuando no se cumplen las formalidades establecidas; y iii) cuando se imputa alguna causa, pero judicialmente se demuestra que no existe o no era de tal magnitud que permitiera la configuración de una falta grave.

3.2.2.3.1. Noción de despido

Contenida en la Cas. Lab. N° 20428-2016 LIMA, a través de la que se señala sustancialmente que el acto de despido consiste en prescindir de los servicios de un trabajador, constituyendo en materia laboral como la decisión unilateral efectuada por el empleador de rescindir el contrato de trabajo, la misma que puede ser por causa justificada o injustificada y/o arbitraria, entendiéndose por arbitrariedad a la conducta o forma de actuar contraria a la ley, a lo justo o equitativo.

3.2.2.3.2. Protección contra el despido arbitrario

La Corte Suprema en la Cas. Lab. N° 2796-2015 LIMA ha señalado lo siguiente:

Se debe considerar que el derecho al trabajo se encuentra reconocido por el artículo 22° de la Constitución Política del Perú cuyo contenido esencial implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo y a no ser despedido sino por causa justa, respecto a este último, el artículo 27° de la referida norma constitucional prevé que: *“La ley otorga protección*

adecuada contra el despido arbitrario”; es decir, que el trabajador cuando sea objeto de un despido que carece de causa o motivo, la ley le otorgará una “adecuada protección”, debiendo de entenderse que este derecho es de configuración legal, lo que significa que el legislador se encargará de proveer criterios mínimos de proporcionalidad para su aplicación. Además de lo señalado, también debe agregarse lo dispuesto en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, el cual señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; lo que implica abordar cualquier controversia surgida entre el trabajador y el empleador al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral.

3.2.2.3.3. Carácter causal de despido

Asimismo, en la Cas. N° 19087-2015 LIMA se ha precisado:

[...] el despido arbitrario se suscita cuando no se ha expresado causa o no se pueda demostrar esta en juicio (proceso), de acuerdo al artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

3.2.2.3.4. Tipos de causa justa de despido

Por su parte la Cas. Lab. N° 4993-2016 DEL SANTA, ha dejado claro lo siguiente:

[...] el despido debe estar fundado en una causa justa, por lo que se limita el poder que tiene el empleador, dentro del elemento de la subordinación, tal es así que nuestra legislación ha contemplado en el Texto Único

Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, las causas justas de despido, bajo dos ámbitos: a) relacionadas con la capacidad del trabajador; y b) relacionadas con la conducta del trabajador.

3.2.2.3.5. Pago de indemnización implica aceptación del despido

Ahora bien, en la Cas. Lab. N° 16434-2015 JUNÍN, la Suprema ha desarrollado una posición ciertamente discutible con relación a la indemnización como consecuencia inmediata y directa del despido, estableciendo que:

[...] se puede afirmar que el cobro por parte de la demandante de la indemnización por despido arbitrario, regulado en los artículos 34° y 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, origina la aceptación de la protección contra el despido; en consecuencia la actora desde el momento en que procedió a cobrar el pago de la indemnización optó por la eficacia resolutoria frente al despido de la cual era objeto y no por la eficacia restitutoria, quedando de esta forma extinguida la relación laboral desde el momento en que la demandante obtuvo la protección adecuada. En este sentido, resulta de aplicación al caso de autos el literal b) del Fundamento 36 del Precedente Vinculante N° 03052-2009-PA/TC, que señala: *“El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin “incentivos” supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley; por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo”*.

3.2.2.3.6. Supuestos de aplicación. Incompatibilidad con solicitud de reposición

Este criterio ha quedado definido en la Cas. Lab. N° 16434-2015 JUNÍN, donde en relación a un caso en concreto se detalla:

En el presente caso, se aprecia que las instancias de mérito han amparado la pretensión de reposición de la actora, señalando que la demandada ha incorporado en la liquidación de beneficios sociales de la misma el pago de la indemnización por despido arbitrario, cuando según el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en el literal c) del Fundamento 36 del Precedente Vinculante N° 03052-2009-PA/TC, el empleador debe hacerlo de modo independiente y diferenciado.

Al respecto, debemos decir que no resulta aplicable al caso de autos el criterio señalado precedentemente, en razón a que la demandante aceptó y cobró en un primer momento tanto los beneficios sociales como la indemnización por despido arbitrario, conforme se ha detallado precedentemente.

En ese sentido, los hechos expuestos en la presente demandada no deben ser subsumidos en el literal c) del Fundamento 36 del Precedente Vinculante denunciado, en la medida que existió un acuerdo previo de poner fin a la relación laboral existente entre las partes, decisión que ahora la demandante pretende cuestionar en el presente proceso, alegando que se vio obligada por la demandada a tomar dicha decisión; empero, conforme lo prevé el artículo 219 del Código Civil esta no es causal para declarar la nulidad del acto jurídico, más aún, si en el caso de autos la demandante no ha acreditado la

supuesta presión ejercida por la demandada que haya provocado su renuncia para considerar la invalidez del acto jurídico, de acuerdo a los términos del artículo 214 de la norma acotada.

3.2.2.3.7. Diferencia entre el despido fraudulento y el despido arbitrario

Trascendentalmente la Cas. N° 3765-2016 LIMA realizó un desarrollo jurisprudencial sobre la diferencia básica de estas dos instituciones jurídicas, al respecto cabe señalar su pronunciamiento:

[...] 3.2. Bajo esta perspectiva, debe resaltarse que la singularidad del despido fraudulento respecto a otros despidos se encuentra relacionada a la conducta páfida del empleador como base del despido. Así, el despido fraudulento se distingue del despido arbitrario en la medida que para la configuración de aquel no basta verificar la injusticia del despido, sino que, además de ello, se requiere que se acredite la existencia del ánimo perverso con el cual ha actuado el empleador; en este sentido, debe demostrarse la inexistencia o falsedad de la imputación que hará patente el ánimo desleal que ha motivado la actuación de aquél.

3.3. En el fundamento 7 de la STC N° 0206-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional dispuso, con carácter vinculante, que es necesario que el demandante acredite fehacientemente e indubitablemente la existencia de un fraude. 3.4. Siendo este el marco jurídico para la acreditación de la existencia del despido fraudulento, debe tenerse en cuenta que en la carta de imputación de cargos la demandada le imputó al demandante la comisión de las faltas graves previstas en los literales a) y f) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR consistente en no mantener un clima de armonía en

el centro de trabajo y de mutuo respeto y trato alturado entre todo el personal; así como, realizar actos de violencia verbal y física en agravio de uno de sus compañeros de trabajo, actuando de una manera inaceptable e incompatible con lo que se espera de un trabajador.

3.5. En la carta de descargo [...], el actor mencionó: “En la parte 1 y 2 de la correspondencia se me incrimina de haber lanzado improperios e insultos hasta que he mentado a la madre a mis compañeros y que incluso intenté golpear a uno de ellos, apreciación por demás exagerada ya que como Ud. debe de conocer el que suscribe como los inmersos en este caso somos personas de características técnicos y es la misma naturaleza del trabajo y la relación con los diferentes estratos sociales de la población (clientes) nos hace que nuestro trato sea algo más fuerte y de hecho en una leve contradicción o discusión se sube un poco de tono, pero en ningún momento debe ser tomado como agresivo, matonezco u otro calificativo. Ya que fue un cruce de palabras intrascendente, donde nunca hubo ni habrá la más mínima intención de hacerlo físicamente”.

3.6. Estando así los hechos debe mencionarse que el demandante no negó los hechos que fueron imputados por el empleador, sino que fue calificado por este como un hecho intrascendente, argumento que fue recogido por las instancias de mérito, llegando a concluir el Colegiado Superior, lo siguiente: *“Si bien es cierto que el actor reconoció haber tenido una leve contradicción o discusión con un compañero de trabajo, ese hecho no reviste tal gravedad o magnitud que pueda ameritar la imposición de la máxima sanción [...] por ende, se advierte que la decisión adoptada por la*

demandada no observó los principios de razonabilidad y proporcionalidad y contrariamente evidencia el ejercicio irrazonable y desproporcionado en el ejercicio de la facultad sancionadora”.

3.7. De ello, se desprende que la Sala ha considerado que el despido del actor es fraudulento porque fue un acto desproporcionado e irrazonable, no obstante, tal como se ha desarrollado precedentemente el despido fraudulento tiene sus propias singularidades, que la diferencian de un despido cuya causa no ha podido ser acreditada, como es el caso de un despido desproporcionado.

3.8. En el presente caso, la demandada imputó al actor haber agredido verbalmente a su compañero de trabajo conforme a lo dispuesto en el literal f) del artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, hecho que no fue negado por el actor, conforme se advierte del escrito de descargo [...], por lo que el despido del actor no se basó en un hecho inexistente o inventado por la demandada; y siendo que en el presente caso se analiza la existencia de un despido fraudulento, conforme así lo establecieron la instancia de mérito, no se ha acreditado que la demandada haya actuado de forma pérfida cuando despidió al accionante.

3.2.2.3.8. Diferencia entre despido fraudulento y despido nulo

Asimismo, y no menos significativo, la Cas. N° 3776-2015 LA LIBERTAD sostuvo algunos contrastes al respecto:

[...] este Colegiado Supremo interpreta que el despido fraudulento y el despido nulo, son dos tipos de despidos distintos uno del otro, por lo que los alcances del artículo 40 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo

N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se encuentra referida al pago de las remuneraciones devengadas en un supuesto único y excepcional como es el pago de períodos no laborados derivados de un despido nulo, en atención a la especial afectación sobre los derechos fundamentales producida por este tipo de despido; por lo que no resulta aplicable por interpretación extensiva ni por analogía a otros supuestos no previstos expresamente en la ley, en la medida que el despido fraudulento tiene como consecuencia únicamente la reposición.

3.2.2.4. Plenos jurisdiccionales supremos

3.2.2.4.1. Plazo de caducidad en caso de despido incausado o despido fraudulento

En principio, resulta importante destacar la contribución aportada por el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral que permitió establecer algunas precisiones con respecto a los procesos de impugnación de despido, es así que podemos indicar que:

El plazo de caducidad para interponer una demanda de reposición pro despido incausado o despido fraudulento es de treinta (30) días hábiles de producido el despido calificado como inconstitucional, de conformidad con el artículo 36 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. En los casos en que exista en trámite una demanda de amparo, esta deberá ser reconducida ante el juez ordinario laboral si se verifica que la misma ha sido interpuesta dentro del plazo de 30 días hábiles.

3.2.2.4.2. Indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido incausado o despido fraudulento

En este mismo cauce el V Pleno Jurisdiccional en materia laboral ha señalado que:

En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral. La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.

El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribuciones de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos; asimismo, en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda.

3.2.2.4.3. Nulidad del despido

En esta intención de sentar algunos criterios uniformes en la tramitación de casos que implique valorar un despido como justificado o no, el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 1997 – Lima ha establecido que:

En los procesos en que se ventile la Nulidad del despido, si bien el Juez no puede utilizar las presunciones, deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios que se aporten con los medios probatorios, para poder determinar objetivamente la causa real que motivo el despido.

3.2.2.4.4. Monto máximo de indemnización

De igual manera el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 2000-Tarapoto ha reconocido que:

La indemnización máxima por despido arbitrario es de doce remuneraciones ordinarias mensuales.

3.2.2.4.5. Intereses legales en la indemnización por daños y perjuicios

Por su parte el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 2008-Lima, ha indicado que:

Los intereses legales en los procesos de indemnización por daños y perjuicios, en materia laboral, deben calcularse a partir del emplazamiento del demandado.

3.2.2.5. Precedentes administrativos

3.2.2.5.1. Elementos de la inspección del despido arbitrario

La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, como ente responsable de garantizar una adecuada protección de los derechos laborales mediante Resolución de Intendencia N° 76-2014-SUNAFIL/ILM de fecha 13 de noviembre del 2014, ha desarrollado algunos alcances que cabe precisar:

Se regula en la Directiva Nacional N° 006-2008-MTPE/2/11.4[...] el inspector debe apersonarse al centro de trabajo y verificar en una sola visita lo siguiente: a) los datos del empleador y la ubicación geográfica de la

empresa; b) los datos del trabajador y su domicilio actual; c) el tiempo en el cual el trabajador habría prestado servicios, su fecha de ingreso y la de cese, así como la del último día de labores, el cargo u ocupación, su jornada u horario de trabajo, la última remuneración percibida y la periodicidad del pago; d) las circunstancias en las que habría producido el despido y e) de indicarse que el trabajador no laboró en el centro de trabajo corresponde al inspector de trabajo realizar las actuaciones pertinentes para establecer la existencia o no de la relación laboral. Además señala que en caso de que el empleador no se encontrara presente y no existiera persona para atender al inspector de trabajo, se notificará al sujeto inspeccionado para una segunda y última visita de verificación, debiendo entenderse que existe un adecuado conocimiento de la diligencia notificada, en el caso de ausencia o negativa de atender al inspector de trabajo o inspector auxiliar en esta segunda visita, conllevará también a que deba entenderse que ha existido una obstrucción a labores del inspector de trabajo y deberá de emitirse una acta de infracción por obstrucción a la labor inspectiva.

3.2.2.5.2. Verificación de despido arbitrario por impedimento de ingreso al centro de trabajo

En este mismo entendido, la Resolución de Intendencia N° 019-2014-SUNAFIL/ILM de fecha 16 de setiembre del 2014 ha precisado que:

De conformidad con el artículo 6 del Reglamento [Decreto Supremo N° 19-2006-TR], los inspectores de trabajo se encuentran facultados para realizar actuaciones inspectivas a fin de verificar el despido arbitrario por negativa

injustificada del empleador el ingreso al centro de trabajo o de labores, así como realizar actuaciones para el otorgamiento de la constancia de cese.

3.2.3. La estabilidad laboral en la casuística

Al respecto, la STC Exp. N° 05650-2009-PA/TC, 31 de agosto del 2010 ha señalado que:

La Estabilidad Laboral constituye más que un escudo protector, el escudo “reparador” del principio de continuidad de la relación laboral que, según lo expresa Américo Plá Rodríguez “... solo se debe disolver cuando exista algún motivo justificado”. Para Rodolfo Capón Filas y Eduardo Giorlandini, “estabilidad” constituye la “seguridad jurídica brindada al trabajador de continuar su carrera profesional en la empresa, mientras dure su aptitud y no exprese su decisión contraria...”.

3.2.3.1. Marco constitucional

Asimismo, la Constitución vigente de 1993 si bien no hace mención a la “estabilidad laboral”. Sin embargo, precisa en su artículo 27 que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”; al respecto nos preguntamos ¿qué entendemos por protección? De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española protección significa “acción y efecto de proteger”, infiriéndose entonces que la intención del legislador estuvo dirigida a que se resguarde a una persona de un eventual despido sin causa justa.

3.2.3.2. Consecuencias de la afectación

En razón a ello, tanto la Constitución como la doctrina, así como las normas nacionales o convenios y tratados internacionales, coinciden en que la violación al

derecho a la estabilidad o protección contra el despido arbitrario, tiene como reparación la indemnización o la reposición en el trabajo, así lo establece expresamente el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

3.3. Resultados normativos de carácter supranacional

3.3.1. Instrumentos internacionales que reconocen el derecho al trabajo

a) Declaración universal de los derechos humanos

Este instrumento internacional reconoce en su artículo 23° que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, y a la protección contra el desempleo.

b) Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

Establece la necesidad de salvaguardar el derecho a trabajar, de modo que todos tengan la oportunidad de ganarse la vida, logrando el bienestar social y económico que las personas necesitan para desarrollarse en toda sociedad.

c) Declaración americana de los derechos del hombre

Señala que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y decidir libremente su vocación cuando lo permitan las oportunidades existentes del empleo.

d) Declaración sobre el progreso y desarrollo en lo social, proclamada por las naciones unidas

Esta declaración, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1969, obtuvo en sus conclusiones que se considere que el desarrollo social al que todos aspiramos exige que se garantice a toda persona el derecho a trabajar y a elegir su empleo libremente.

e) Declaración de Filadelfia

Afirma que todos los seres humanos, sin distinción alguna, tienen derecho al trabajo y a perseguir su bienestar material y su desarrollo social en condiciones de libertad y dignidad, proclama de igual manera la igualdad de oportunidades que debe existir en materia de empleo.

f) Carta social europea

Este documento reconoce el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, cuyo aseguramiento implica un nivel de estabilidad de empleo.

3.3.2. Evolución de los modelos normativos de protección frente al despido en la legislación peruana.

El derecho del liberalismo económico del siglo XIX, expresado en el Código Civil Francés de 1804 y recogido en nuestro Código Civil de 1852, facultaba al empleador a poner fin al contrato de obra o de locación de servicios en cualquier momento, como manifestación de la libertad de la contratación.

En este entendido las figuras contractuales del Derecho Común, civil y mercantil eran las encargadas de regular la relación obligacional entre trabajador y empleador. Este modelo normativo concentrado en el Código de Comercio de 1902 indicaba que cuando el “empeño” de servicio no tuviere tiempo señalado, es decir, sea a plazo indefinido, cualquiera de las partes pueda darlo por fenecido, aunque para ello se exige, como requisito previo, avisar a la otra parte con un mes de anticipación. De no cumplirse con este requisito de forma, “el factor o mancebo, tendrá derecho, en este caso, al sueldo que corresponda a dicha mesada”.

Posteriormente, la Ley N° 4916 del 07 de febrero de 1924 dispuso que cuando el contrato no tuviera duración determinada cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido con un aviso de 90 días el empleador y 40 días el empleado.

Recién en el año 1931 con la Ley N° 7455 se da el primer paso a la estabilidad laboral, estableciéndose la estabilidad para los empleados públicos, pero esta ley fue desestimada por el Congreso Constituyente que dio la Constitución de 1933. Sin embargo, en 1950 con el Decreto Ley N° 11377, se declaró nuevamente la estabilidad de los empleados públicos, y ello fue reproducido por el Decreto Legislativo N° 276.

El 30 de abril de 1965 se dio la Ley N° 15542 que dispuso que las únicas causas de rescisión del contrato de los empleados con más de 20 años de servicios al mismo empleador y de las empleadas con 15 años, serían el incumplimiento esencial del contrato de trabajo, el abandono y las faltas graves señaladas en el artículo 294 del Código de Comercio, u otra de análoga gravedad comprobadas y calificadas por el Ministerio de Trabajo. Esta fue la primera forma de protección frente al despido que se dio en la legislación nacional.

Recién con el Decreto Ley N° 18471 del 10 de noviembre de 1970, los trabajadores de la actividad privada obtuvieron el derecho a la estabilidad en el trabajo al prescribirse que el empleador carecía de la facultad de poner fin a la relación laboral por su sola voluntad y que, si la causa justa del despido no resultaba probada por el empleador, el trabajador debía ser reintegrado en su empleo habitual.

Esta norma fue sustituida por el Decreto Ley N° 22126 del 21 de marzo de 1978, que dispuso que los trabajadores que no tenían, en ese momento, aún tres meses en el trabajo y los que ingresasen posteriormente, podrían ser despedidos a

voluntad del empleador durante un plazo de tres años a partir de su ingreso, vencido los cuales recién adquieren el derecho a la estabilidad laboral.

Con la Constitución de 1979 se incluyó un artículo declarando expresamente la estabilidad laboral. Este precepto constitucional señalaba literalmente:

“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalaba en la Ley debidamente comprobada”

Sin embargo, esta norma constitucional no fue aplicada y se continuó aplicando el Decreto Ley N° 22126, hasta que se dio la Ley N° 24514 del 4 de junio de 1986 que retornó el régimen de estabilidad, luego de pasar el periodo de prueba de tres meses.

Posteriormente, en el año 1990, fueron cambiando las disposiciones de la Ley N° 24514, siendo reproducida casi el integro de la norma en el Decreto Legislativo N° 728.

Mas adelante con la Constitución Política de 1993 se pasa del modelo de estabilidad laboral absoluta al modelo de estabilidad relativa, aplicando el modelo de la “mínima protección”.

3.3.3. El despido arbitrario en el derecho comparado

3.3.3.1. Derecho español

En el artículo 49.1.K del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995 del 24 de marzo de 1995, en adelante TRET se establece como una de las causales de extinción del contrato de trabajo al despido. La norma establece lo siguiente:

“Extinción del contrato-1. El contrato de trabajo se extinguirá:

(...) K) Por despido del trabajador

Por despido se entiende a la decisión empresarial de ponerle fin al contrato de trabajo. Se trata de un acto unilateral del empresario en la medida en la que la decisión de extinguir el contrato de trabajo deriva de la voluntad del mismo. Si bien se constituye como una decisión unilateral del empresario, en el derecho español no existe el denominado ‘despido libre’, que no es otra cosa que el denominado despido incausado; todo despido debe encontrarse justificado por la ocurrencia de alguna causa prevista en la ley. Sin embargo, “puede asimilarse al despido libre, el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba o en determinadas relaciones laborales” (García, 1999, p. 383).

El estatuto de los Trabajadores Ley 8/1980 del 10 de marzo de 1980 estableció como causa de extinción del contrato del despido y solo se utilizaba este término, para el despido disciplinario, por lo que se entendía que despido equivalía a extinción por incumplimiento del trabajador. Ahora bien, la jurisprudencia ha reiterado que el término despido es un género que identifica toda extinción de voluntad del empresario, por lo que existen diversas especies de despido, como son el incumplimiento del trabajador (despido disciplinario), por fuerza mayor, por causas objetivas, por causas económicas, técnicas organizativas y de producción (despido colectivo), el desistimiento por periodo de prueba e incluso cualquier tipo de extinción producida por voluntad del empresario, cuando la causa aducida por él mismo, no sea válida.

Vemos pues que, en principio, en la legislación española no existe la figura del despido arbitrario, ya que toda extinción del contrato de trabajo basada en el

despido del trabajador debe fundamentarse en alguna causal prevista en la ley. De ningún modo es posible el despido como la doctrina española denomina como “libre”.

3.3.3.1.1. Efectos del despido

Los efectos del despido dependen si se ha producido calificación judicial.

Frente a ello existen dos posibilidades:

- Si el trabajador no reclama ante la decisión de su empleador, el despido surtirá efectos. En este caso se extinguirá la relación laboral sin que el trabajador tenga derecho a indemnización, sin que tampoco pueda acceder a la prestación por desempleo.
- Si el trabajador reclama contra el despido, los efectos dependen de la calificación judicial:
 - a) En caso que se califique el despido como procedente, se extinguirá la relación laboral, sin derecho a indemnización (salvo pacto en contrario), ni salarios de tramitación (que son los salarios dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido hasta la fecha de la sentencia), pero sí a prestación por desempleo, ya que la reclamación judicial de despido genera la situación legal de desempleo.
 - b) En caso que el despido sea declarado improcedente, el empleador podrá optar entre la readmisión con abono de los salarios de tramitación, o la extinción del contrato de trabajo, pero con el abono de una indemnización y de los salarios de tramitación. Al respecto, el Texto Refundido del Estatuto de los trabajadores nos dice lo siguiente en su artículo 56:

“1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o la extinción del contrato con abono de una indemnización.

El abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida a la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En el caso de readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios dejados de percibir (...)”

En cuanto a la indemnización nos dice el Estatuto de los Trabajadores que está consistirá en 45 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de 42 mensualidades.

En otras palabras, se establece que si una persona es despedida en forma “libre” o sin que medie causa que justifique dicho despido, esta persona deberá demandar a su empleador. Al obtener una sentencia favorable que califique de improcedente su despido, por no mediar causa justa que lo justifique, el empleador en el plazo de cinco días podrá optar entre readmitir al trabajador despedido o bien abonarle una indemnización. En el caso que pasen los cinco días sin que el empleador no diga nada se entiende que el trabajador deberá ser readmitido.

Ahora bien, en el caso que el despedido sea un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, el ejercicio de la opción corresponderá a este, de no ejercerla se entenderá que optó por la

readmisión. Es decir que los representantes sindicales o de los trabajadores, están protegidos por un sistema de estabilidad laboral absoluta, ya que su despido solo dependerá de la comisión de la falta, o incumplimiento contractual, y en el caso de un despido improcedente, de la opción que ejerza el mismo, que bien podría ser la readmisión en el empleo.

En la práctica entonces, vemos que, ante un despido arbitrario, en el caso que el trabajador despedido presente su reclamación judicial respectiva, el juez calificará su despido y si este es declarado improcedente, el empleador tendrá cinco días para manifestar si readmite al trabajador o le paga una indemnización. Este indirectamente es un esquema de estabilidad relativa, porque finalmente depende de la voluntad del empleador si el trabajador es readmitido en su puesto de trabajo, salvo el caso de los dirigentes sindicales como se ha precisado.

3.3.3.2. Derecho francés

En el derecho francés se reconoce el derecho a la estabilidad laboral relativa a partir de los dos años de antigüedad ininterrumpida para un mismo empleador. Al respecto el artículo L. 122-9 del Código de Trabajo de 1982 establece lo siguiente:

“El asalariado parte en un contrato de duración indeterminada que fuere despedido contando con dos años de antigüedad ininterrumpida al servicio del mismo empleador, tendrá derecho salvo en caso de falta grave, a una indemnización mínima de despido, cuya cuantía y modalidades de cálculo

en función de la remuneración percibida antes de la ruptura del contrato de trabajo, serán fijadas por reglamento”

Es decir, que luego de dos años de trabajo un trabajador despedido, en forma arbitraria, tendrá derecho a una indemnización. Se entiende entonces que existe un régimen de estabilidad laboral relativa, con la particularidad que el trabajador deba haber laborado al menos durante dos años con el mismo empleador. Si el despido se produce antes del periodo indicado, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización, lo cual supone para este trabajador un régimen de **inestabilidad absoluta**.

3.3.3.3. Derecho alemán

3.3.3.3.1. Protección jurídica contra el despido

En primer término, la forma de despido puede quedar sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones jurídicas.

En segundo lugar, la eficacia del despido puede quedar supeditada al cumplimiento de determinados plazos. De esta manera se ofrece al trabajador la posibilidad de adaptarse a su nueva situación y de buscar un nuevo puesto de trabajo.

En tercer lugar, se pueden limitar las causas de despido e imponer al empresario la obligación de pagar una indemnización, si no se atiende a esa limitación. El despido se tiene que basar en motivo justo, si no existe dicho motivo se adquiere de modo automático el derecho al cobro de una indemnización.

Finalmente, existe una protección frente al despido que no solo puede restringir las causas del despido, sino que prevé la posibilidad que el interesado continúe trabajando en la misma empresa si es despedido ilícitamente.

El Estado está encargado de velar por el cumplimiento de la legislación referente a la protección frente al despido. (Daubler, 1990, pp. 665-666)

Debe tenerse presente que la legislación alemana en principio, solo prevé el control judicial a posteriori a iniciativa del trabajador afectado.

3.3.3.3.2. Límites impuestos a los empresarios en materia de despido

No se puede proceder al despido arbitrario aun cuando se cumplan los plazos establecidos en la ley. Es necesario que existan motivos inherentes a la persona o debidos al comportamiento del trabajador o bien a necesidades urgentes de la empresa. Al respecto el Tribunal Federal de Trabajo ha emitido pronunciamiento en los siguientes términos:

Se quebranta el principio de la buena fe cuando el despido fuese arbitrario, es decir, cuando el empresario no se pudiera basar en ninguna razón objetiva más o menos prudente. Eso es lo que sucede cuando tampoco cite, por ejemplo, ningún motivo en el procedimiento contra el despido, cuando no pueda demostrar ese motivo o cuando se limite a exponer conjeturas subjetivas.

3.3.3.3.3. Procedimiento judicial contra el despido

En el procedimiento judicial impulsado contra el despido, quien debe demostrar que existen realmente motivos para el despido en principio, es el empresario.

Ahora bien, si del proceso judicial se desprende que la demanda es fundada, el Tribunal de Trabajo puede resolver la relación laboral y conceder una indemnización al trabajador. Sin embargo, esto solo es posible en determinadas

condiciones. La cuantía de la indemnización, puede ascender al pago de 18 mensualidades.

Debe precisarse que solo el 10 % de los procesos termina con sentencia, el 60% culmina mediante acuerdo y el 19% se desiste de la demanda. Normalmente lo que se pacta en el acuerdo es el pago de una indemnización.

También debe indicarse que puede darse el caso que al final se estima la demanda contra el despido y se establece irrevocablemente que no queda disuelta la relación laboral; en este caso el trabajador mantiene todos sus derechos laborales.

3.3.3.4. Derecho boliviano

En el artículo 157° de la Constitución Política de Bolivia del año 1967 se propone como una aspiración del Estado crear condiciones que garanticen para todas posibilidades de ocupación laboral, estabilidad en el trabajo y remuneración justa. Es pues un derecho a futuro y no como garantía u obligación para el Estado boliviano.

De acuerdo al marco trazado por la Constitución, la Ley General de Trabajo Boliviano en su artículo 13° establece lo siguiente:

“Cuando fuera retirado el empleado u obrero por causal ajena a su voluntad, el patrono estará obligado independientemente del desahucio, a indemnizarle por el tiempo de servicios con la suma equivalente a un mes de sueldo salario por cada año de trabajo continuo (...)” (De Chalz, 1995, pp. 30-31)

La doctrina boliviana tipifica esta forma de extinción del vínculo laboral como despido abusivo.

Luego de este dispositivo constitucional en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia del año 2009, en concepción de Serrano (2013) la estabilidad laboral se ratifica al igual que las de Venezuela y Ecuador mediante referéndum popular, es quizás la muestra más clara de cómo por medio de la democracia, tanto por la forma como el contenido se potencian los derechos de los trabajadores, llegando a plasmarlos en una carta magna que nace con la refundación del Estado de Bolivia. Es importante hacer un recorrido por la sección de la CEPB sobre “Derecho al Trabajo y al Empleo” (artículos 46 a 55), deteniéndose no solo en lo que a estabilidad se refiere, sino en todo aquello que tiene que ver con la protección de los trabajadores y la democratización de las relaciones de trabajo y las riquezas del país. (Cubas, 2017)

3.3.3.4.1. El despido abusivo

En esta forma de despido, “el empleador se obligaría a cancelar una suma resarcitoria al trabajador, independientemente del desahucio y de la indemnización por tiempo de servicios, cuando lo hubiere retirado sin mediar justa causa” (De Chalz, 1995, p. 37)

El empleador debe una indemnización cuando no anuncia con tiempo al trabajador su propósito de rescindir el contrato de trabajo; debe también una indemnización por el simple hecho de despedirlo y puede, eventualmente ser deudor de otra indemnización, si abusa de dicho derecho (...). Como se ve, se trata de daños de origen distinto: uno se produce, en general sin culpa de nadie: es el daño que recibe el trabajador por el simple hecho de su despido. En los otros dos casos, las leyes, en cambio mandan a reparar perjuicios que provienen de la culpa del empleador.

El patrono puede incurrir en dos clases de arbitrariedades, al rescindir el contrato de trabajo. Una afecta a la forma y otra al fondo de derecho de rescindir *ad nutum* (o sea sin invocación de causa) el compromiso; el patrono abusa de su derecho cuando no anuncia con anticipación su propósito de prescindir de los servicios de su colaborador, pero incurre en un nuevo abuso cuando, aun anunciándole su despido, no posee, en cambio, una justa causa o legítimo motivo para licenciar a su empleado. (De Ferrari, 1989) (Cuba, 2017, p. 96)

3.3.3.4.2. La indemnización por despido abusivo

La doctrina boliviana contempla tres tipos de indemnizaciones:

i) Indemnización por tiempo de servicios

Se constituye como el reconocimiento de un monto de dinero a modo de compensación por el daño físico, fisiológico o psicológico sufrido por el trabajador, así como el resarcimiento por el desgaste del periodo de vida brindado por el trabajador a la empresa. Se refiere a la compensación percibida por derecho, en función al periodo de prestación de servicios en la empresa que se reconoce a favor del trabajador. Representa el pago del equivalente a un sueldo por año.

Nos dice Caldera (1979) que:

La indemnización por antigüedad se considera como correlación por reconocimiento del servicio prestado y como indemnización de previsión a favor del trabajador, porque se presume que la empresa haya acumulado en su ventaja un ahorro proporcionado al tiempo de servicio, para el periodo de necesidad. (p. 397)

ii) Indemnización por no invocar causa justa de despido

Esta es la indemnización que se paga al trabajador cuando del despido de que ha sido víctima es un despido *ad nutum*, es decir no media causa justa contemplada en la ley para su despido. Debe abonarse independientemente de la indemnización por tiempo de servicios y de la indemnización por falta de preaviso.

iii) Indemnización por despido por falta de preaviso

El efecto directo y principal del preaviso, es el de fijar un momento preciso para la terminación de la relación de trabajo, por voluntad de la parte que lo emite. De ahí la idea de que el preaviso ha de permitir al trabajador despedido gestionar otro empleo.

Ha hecho reconocer a la doctrina con base en la costumbre, la obligación de reconocerle un tiempo prudencial para que pueda solicitar colocación sin disminución de salario. Consecuentemente, la indemnización sin previo aviso se considera como correlación cautelar y como indemnización de carencia, de asistencia y de desocupación, porque en realidad, se presume que el contratante, jefe de empresa o dependiente, deba estar cierto periodo inactivo para encontrar otro trabajo u otra mano de obra. (Caldera, 1979, p. 384)

La indemnización se calcula del modo idéntico al de la indemnización por tiempo de servicios y al del despido *ad nutum*, en cuanto resulta del promedio del total ganado durante los últimos tres meses de trabajo.

3.3.3.5. Derecho argentino

En la Argentina, solo se reconoce constitucionalmente la estabilidad del empleado público y para el empleado privado establece una indemnización como “protección frente al despido arbitrario”, por esto se dice que este país reconoce una estabilidad mixta, es decir, la absoluta y la relativa.

Dentro del contexto normativo es necesario citar el comentario sobre la estabilidad laboral en Argentina para una mejor comprensión de la situación de los trabajadores frente al despido arbitrario, sobre todo en la crisis económica que atraviesa, en las cuales los trabajadores son los más afectados.

El laboralista Serrano (2013) realizó el siguiente comentario: Si bien el artículo 14 bis CN menciona expresamente solo dos situaciones de estabilidad laboral -los empleados públicos y los representantes sindicales- de ninguna manera puede entenderse que niega esta posibilidad para el resto de las situaciones.

El artículo 14 bis de la CN establece que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: (...) protección contra el despido arbitrario (...)”; resultando fundamental para interpretar hoy esta cláusula recurrir a las palabras de la CSJN, además de los TIDH (Protocolo de San Salvador, PIDESC, Convenio 158 OIT), que la misma Corte Argentina utiliza en sus sentencias.

En relación a las palabras de la Corte, es fundamental el considerando 9 de “Alvarez”, que indica que “(...) solo un entendimiento superficial del artículo 14 bis llevaría a que la ‘la protección contra el despido arbitrario’ implicará una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación (...) el artículo 14 bis, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo

de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (PIDESC, art. 5.2.), vale decir, como una norma de contenidos mínimos (...) sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el mencionado principio protectorio que lo encabeza, y la referencia, en general, a las ‘condiciones de trabajo’.

Esta exégesis, por lo pronto, impone una ingente labor legislativa en aras de dar plenitud a las mandas constitucionales y, así, garantizar ‘el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por [la] Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos. (Cubas, 2017, p. 133)

3.3.3.6. Derecho brasileño

La Constitución de este país reconoce la estabilidad relativa, estableciendo una compensación obligatoria en caso de despido arbitrario, así como otros derechos como el seguro de desempleo.

3.3.3.7. Derecho venezolano

En este país se ha establecido constitucionalmente la estabilidad absoluta, declarando nulo y no arbitrario el despido fundado en causa que contradiga la Constitución. Establece el trabajo como un derecho y como un deber extendiendo su protección a los trabajadores no dependientes.

Dentro del actual contexto político de Venezuela con la vigencia de una política de Estado supuestamente socialista, en la reforma constitucional del 2012, en Venezuela se sanciona la Ley Orgánica de Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que ha venido a amoldarse a la nueva Constitución, y prevé en su título II relacionado a “De la relación de trabajo”, en el capítulo VI respecto a “De la estabilidad en el Trabajo”, artículos 85 al 95, el derecho a la estabilidad, sin las limitaciones de la anterior norma y con las herramientas para una efectiva vigencia.

3.3.4. Las normas internacionales de trabajo

- El convenio 158 de la OIT

En 1982, la Sexagésima Octava Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, acordó en el Convenio N° 158 denominado “la terminación de la relación del trabajo por iniciativa del empleado” pautas básicas de la estabilidad laboral.

El citado convenio establece lo siguiente:

Artículo 4°. 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 su conducta, o bien basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

A su vez el artículo 8° de dicho convenio reconoce el derecho del trabajador que considere injustificado su despido, a recurrir ante un órgano neutral para impugnar la decisión patronal y obtener una reparación. Esta última puede constituir la anulación del despido o la readmisión del trabajador en la empresa; o alternativamente, si la primera medida no es posible o aconsejable, en el pago de una indemnización o alguna medida similar.

Como puede apreciarse el Convenio 158 de la OIT, recoge las ideas básicas del derecho a la estabilidad laboral, al exigir la existencia de una causa justificada para que el despido sea válido. Y a su vez, contempla la posibilidad de la aplicación de medidas reparatoras efectivas en caso que el despido se produzca sin causa alguna.

- El pacto internacional de los de los derechos económicos, sociales y culturales, en materia laboral.

Este instrumento internacional fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la Resolución N° 2200-A (XXI) del 16 de diciembre de 1996. Este tratado ha sido probado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22128 y ratificado por la décima sexta disposición final y transitoria de la Constitución de 1979. (Haro, 2003, p. 52)

Respecto al derecho al trabajo señala lo siguiente:

Artículo 6°.

1. Los estados parten en este pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados partes en el presente pacto para lograr la plena efectividad de este derecho, deberá figurar la orientación y formación técnico profesional; la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante; y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicos fundamentales de la persona humana.

Como se puede apreciar, este tratado internacional, busca que los Estados garanticen el derecho al trabajo de los individuos. Entendiendo entonces que el derecho al trabajo comprende el derecho al acceso y a la conservación del empleo, debe concluirse que este instrumento internacional no alienta mecanismos que

propicien el desempleo, como es el caso del despido arbitrario, máxime si se tiene en cuenta que la norma citada propone dentro de las medidas destinadas a garantizar el derecho al trabajo, la ocupación plena, que supone que todo sujeto de una sociedad, deber poseer un empleo, con las garantías que le aseguren una permanencia en dicho empleo.

- El protocolo de San Salvador

Este protocolo reconoce el derecho al trabajo, reconociendo la estabilidad relativa de sus empleados. Empero señala que, en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión doctrinaria

4.1.1. Posturas o argumentos a favor

El positivismo jurídico es una corriente jurídica que nace y se desarrolla en la segunda mitad del siglo XIX, como resultado de concepciones epistemológicas del Positivismo al conocimiento del Derecho. Como se sabe el positivismo alcanzó su máximo esplendor con la rigurosa construcción teórica de Hans Kelsen, quien elaboró su pensamiento aplicando la pureza del método para delimitar con rigor el campo normativo del derecho, declarando culto al texto legal, limitando la actividad del juez a una labor de interpretación y respetando más bien la voluntad del legislador.

Es en este contexto que, se desarrolló la "Teoría pura del Derecho" a través de una concepción piramidal del que parte la creación de toda norma jurídica, en virtud a la autorización de una norma anterior, de la que extrae su validez y que establece en qué forma ha de crearse e incluso condicionando su contenido. En el vértice de la pirámide y como norma clave de todo nuestro sistema jurídico se encuentra la Constitución Política del Estado, como cimiento generador de normas.

Por ello, el fin de la ciencia del derecho es considerar al derecho tal como es y no como debería ser, sobre esta base se encuentra la aceptación de una clara distinción entre validez y valor del derecho, entre las reglas que pueden ser válidas aún sin ser justas y aquellas que pueden ser justas sin ser válidas; siendo solo las primeras aceptadas estudio científico del derecho.

Para esta corriente formalista, el derecho es un “orden normativo” -un sistema de normas y deberes-, las cuales constituyen una forma determinada de imputación de consecuencias jurídicas a ciertos supuestos de hecho; los juicios morales son relativos y subjetivos; sosteniéndose que todo derecho positivo es justo por el hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido de acuerdo con el sistema moral.

Siendo esto así, y dado el contenido constitucional del derecho al trabajo que implica a nivel doctrinario en su alcance amplio o extenso, este derecho presentaría una dualidad de manifestaciones, la primera de acceso a un puesto de trabajo y la segunda de conservación del vínculo laboral generado; aunado a la conexión con otros derechos constitucionales, tales como el derecho a la vida, la protección contra el despido injustificado, la protección contra el desempleo, el derecho a la seguridad social, entre otros; situación que exige tutelar a los poderes públicos de todos los niveles.

Ahora bien, para que el Estado garantice una adecuada protección frente al despido arbitrario en nuestro ordenamiento jurídico, se debe partir de la desigualdad de condiciones existentes entre el empleador y el trabajador desde incluso antes de la generación del vínculo laboral, por lo que el cese intempestivo de la relación laboral va a generar una lesión gravosa al derecho fundamental, que conlleva a la búsqueda de restitución o reparación del bien jurídico afectado por la clara actuación abusiva del empleador.

En razón a la doctrina desarrollada respecto a la naturaleza del despido, se ha establecido que si bien el despido puede ser válido, este es un poder limitativo, que exige al empleador la concurrencia de tres etapas: la exigencia del preaviso

antes de proceder al despido; el pago de indemnizaciones en caso de despido así como la prohibición de despidos en determinados periodos y finalmente la exigencia de que toda terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador deba basarse en la causa que le justifique; en esa misma concepción el despido, como poder excepcional debe ser aplicado como último recurso de sanción imputable al trabajador que cometa alguna falta relacionada a su capacidad o conducta en plena concordancia al Principio de Razonabilidad, optando como regla general conservar la relación de trabajo establecida en ciertas condiciones y dentro de un plazo determinado a la luz del Principio de Continuidad Laboral.

Asimismo, la doctrina nacional ha desarrollado los regímenes de protección contra el despido arbitrario en su aspecto sustantivo y procesal, la primera centrada en la protección preventiva que busca evitar o impedir que se cometa el despido arbitrario si es que no media causal y previamente sea determinada en un proceso disciplinario; la segunda por su parte ha establece como indicativo una acción de amparo con eficacia restitutoria, que conforme a su propia naturaleza busca reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza del derecho constitucional al trabajo, es decir la readmisión en el empleo del trabajador; lo que interesa a los fines de la investigación planteada.

Nuestro sistema jurídico, con el cambio de Constitución de 1979 a 1993 ha suprimido el reconocimiento de la estabilidad laboral, trayendo con ello consecuencias importantes respecto de su regulación en la materia específica, con este nuevo modelo pasamos de una estabilidad absoluta a una estabilidad relativa, que faculta el ejercicio de la voluntad unilateral del empleador y presupone la posibilidad de extinguir la relación laboral por diversas causas, aun cuando estas no

hayan sido debidamente probadas, exigiendo un mínimo de requisitos para su validez tal como el aviso de previo despido, facultándolo incluso a sustituirlo con el pago de una indemnización.

4.1.2. Posturas o argumentos en contra

La teoría del derecho se ha ocupado de manera constante del derecho positivo nacional. Sin embargo, la diversidad de doctrinas en relación con estos temas, no dejan duda alguna sobre el hecho de que todos los tratadistas afirman la existencia de un conjunto de normas, a las que le dan el nombre de “derecho” y que, de una u otra forma, las consideran el prototipo de las normas jurídicas. De ahí la necesidad estudiarlo para tener claro su significado y sus limitaciones, pues el positivismo y positivo jurídico, han generan un conflicto conceptual dado que se da nivel de un mismo paradigma, pues, la corriente filosófica que orienta estas dos corrientes es el Positivismo y Post-positivismo jurídico considera al derecho como un complejo y socialmente artefacto humano que no puede reducirse a un sistema de normas.

Por su parte, el ius naturalismo es una corriente de pensamiento que se basa en la idea de que los derechos y las normas tienen un origen natural y son inherentes al ser humano, por ello su diferencia con el iuspositivismo radica en el origen del derecho y las normas; para el iusnaturalismo el origen es natural, viene dado por el hecho de ser humanos, mientras que para el iuspositivismo el derecho es creado por el hombre.

La protección adecuada frente al despido arbitrario, es bien garantizada a través de un sistema estabilidad laboral relativa, que comprende una estabilidad de

entrada como de salida, pues esta última está condicionada al reconocimiento de la estabilidad laboral de entrada: no puede existir estabilidad de salida sin estabilidad de entrada y viceversa.

Esta posición doctrinal establece que debe existir estabilidad laboral, pero la relativa, es decir, que el trabajador víctima de un despido injusto o arbitrario, sea resarcido de dicho perjuicio con el pago de una indemnización que igualmente resulta satisfactoria, a su decir la reposición debe limitarse, de manera excepcional, solamente a aquellos casos en los que su inexistencia haría perder sentido o contenido a otras instituciones, como los vinculados a la libertad sindical.

No es lógico ni justo que, en una relación contractual, si una de las partes no desea mantener el vínculo, se la fuerce a ello. Ello es injusto para la parte de la relación contractual que se ve forzado a mantener una relación contractual y un vínculo laboral no deseado, más aun si la naturaleza jurídica del despido como poder absoluto, legítimo y legal encuentra asidero en el principio de autonomía de la voluntad y en la igualdad de las partes, que antes del surgimiento del Derecho al Trabajo en el ámbito procesal, permitía al empleador despedir al trabajador sin formalidad alguna ni obligación de resarcimiento por la ruptura contractual.

Finalmente, cabe señalar que la doctrina en el aspecto sustantivo concibe como adecuado régimen de protección contra el despido arbitrario, la protección reparadora que implica el pago de compensación económica (indemnización), que funciona solo en aquellos casos en que el trabajador, conforme a su libre albedrío, decida que es la protección adecuada contra su despido, pero que igualmente compensa la afectación del derecho al trabajo; igualmente en el aspecto procesal se

opta por la acción indemnizatoria de eficacia resarcitoria, asociada al régimen de protección sustantiva reparadora y que se interpone en la vía ordinaria laboral.

4.1.3. Posturas o argumentos personales

Los efectos jurídicos del despido arbitrario por iniciativa, claro está del empleador es, evidentemente el tema más polémico en nuestro sistema laboral. La mayor o menor eficacia del ámbito de protección ante el despido lesivo de derecho, la tutela resarcitoria, que indemniza al trabajador, o la tutela restitutoria, que determina la reposición en el empleo, han sido aspectos cruciales de las relaciones laborales que han establecido particulares las posiciones de empleadores y trabajadores, y porque no decirlo de la comunidad jurídica.

Desde su surgimiento, se estableció la denominada estabilidad laboral absoluta a través de un sistema de rigidez, que de un momento a otro se incorporó con esquemas flexibles de contratación temporal implementados en nuestro ordenamiento en el año 1993 conjuntamente con la regulación de la estabilidad laboral relativa, sin alterar por ello el contenido esencial del derecho al trabajo, que constituye además derecho fundamental inherente al ser humano.

Con respecto a la protección adecuada destinada a la conservación del empleo, se parte de la regla que todo contrato de trabajo se presume de carácter indefinido, siendo la excepción la contratación temporal sujeta a circunstancias objetivamente demostrables; una segunda posición se advierte en el cumplimiento del periodo de prueba por parte del trabajador, quien automáticamente adquiere la protección tutelar del derecho al trabajo, por lo que una transgresión arbitral a dicha

permanencia, condiciona directamente a restituir el puesto de trabajo como efecto directo.

La protección adecuada del derecho al trabajo frente al despido arbitrario, bajo un contexto de estabilidad laboral -sea este relativo- exige, a su vez, que otros institutos jurídicos garanticen la conservación del empleo como opción restitutoria, que resulta la tutela más efectiva del derecho constitucional y que por tanto no pueden ser objeto de menoscabo por el hecho de encontrarse sujeto a una relación laboral, considerando que este derecho de manera subjetiva corresponde a todo individuo, pero son ejercidos por quienes son trabajadores y ejercen este y otros derechos colaterales en el marco de una relación laboral, por ende, cualquier despido cuyo propósito entrañe una afectación de estos derechos implicará su ineficacia, dándose inicio a la vía de su impugnación con efecto restitutorio.

Si bien el texto constitucional no ha establecido como puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, que deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas “adecuadas” que opten en el mejor de los casos por restituir el derecho vulnerado.

4.2. Discusión jurisprudencial

4.2.1. Análisis o discusión de los criterios del TC

El máximo intérprete constitucional ha coincidido en afirmar que el derecho al trabajo es concebido como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil; que implica la acción

del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc., a cambio de una contraprestación (remuneración).

En este orden de ideas así corresponde aludir a la emblemática STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC, donde el tribunal acertadamente estimó que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos, el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa; en esta misma interpretación se señala que, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; precisando que si bien había que precisar la satisfacción de este derecho constitucional, implicaba un desarrollo progresivo conforme a las posibilidades del Estado.

En esta misma posición, la STC contenida en el Exp. N° 976-2001-AA/TC, 13 de marzo del 2003 explica que cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará “adecuada protección frente al despido arbitrario”, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse como un encargo absolutamente abierto que lleve al legislador a perder la esencia del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional tutelado en sus dos acepciones: al emitir este pronunciamiento el TC también señaló que para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. Sin embargo, su alcance ha sido únicamente desarrollado a

nivel jurisprudencial, llegando máxime a establecerse criterios en el II Pleno Jurisdiccional en materia laboral, que aun a nuestra consideración resulta incierto.

En esa misma sentencia se detalla un régimen de carácter sustantivo contra el despido arbitrario puede ser: i) de carácter preventivo, o ii) de carácter reparador, y un régimen de carácter procesal que puede ser: i) de eficacia resarcitoria, o ii) de eficacia restitutiva -que constituye un derecho del trabajador despedido arbitrariamente-; asimismo acertadamente en este mismo criterio jurisprudencial se estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución puede ofrecer dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso, disposición que no debería quedar en solo en posiciones.

En este trance y contrariamente a los lineamientos establecidos por el tribunal, el año 2017 se publicó el Exp. 1647-2013-PA/TC-Cusco “Caso Norman Guido Vera Masciotti”, donde radicalmente se estableció que el proceso de amparo procede exclusivamente en defensa de los derechos revestidos de adecuado sustento constitucional, muy por el contrario, la estabilidad laboral no encuentra asidero en nuestro ordenamiento constitucional, criterio que en la misma medida ha ido desarrollándose en otros órganos jurisdiccionales en materia laboral y frente a otros procesos judiciales en el que se cuestionaba el despido arbitrario; situación que genera evidentemente una incertidumbre jurídica a los justiciables que al recurrir a la instancia judicial amparan su derecho en los pronunciamiento jurisprudenciales, mas no en la norma contemplada la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

A modo de conclusión, podemos advertir que esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral evidentemente 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 frente al poder del empleador extinguir unilateralmente una relación laboral.

4.2.2. Análisis o discusión de los criterios de la Corte Suprema

Como se ha advertido la Corte Suprema ha sentado ciertos criterios uniformes en los que respecta al contenido esencial al trabajo, es así que en la Cas. Lab. N° 2796-2015 LIMA ha señalado que el derecho al trabajo se encuentra reconocido por el artículo 22° de la Constitución Política del Perú cuyo contenido esencial implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo y a no ser despedido sino por causa justa, respecto a este último, nos precisa que el artículo 27° de la referida norma constitucional prevé que: *“La ley otorga protección adecuada contra el despido arbitrario”*; es decir, que el trabajador cuando sea objeto de un despido que carece de causa o motivo, la ley le otorgará una “adecuada protección”, debiendo de entenderse que este derecho es de configuración legal, lo que significa que el legislador se encargará de proveer criterios mínimos de proporcionalidad para su aplicación.

Asimismo, se invoca lo dispuesto en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, respecto a que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador;

lo que implica abordar cualquier controversia surgida entre el trabajador y el empleador al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral.

Respecto a la protección de naturaleza resarcitoria se ha establecido cierta circunstancia que resulta importante y que se encuentra desarrollado en la Cas. Lab. N° 16434-2015 JUNÍN, donde la demandante aceptó y cobró en un primer momento tanto los beneficios sociales como la indemnización por despido arbitrario, se entendió como la satisfacción de su pretensión, optando indirectamente por la compensación económica correspondiente por el despido arbitrario.

Asimismo podemos unificar criterios en la Suprema, con lo desarrollado en la Casación Laboral N° 2796-2015 JUNIN de fecha 30 de marzo del 2017 en el que se establecía la necesidad de justificar válidamente el despido, indicando que la ley debe otorgar una adecuada protección, disposición de configuración legal que se entiende ha sido prevista en la ley de la actividad privada, por otra parte se precisa que en ningún modo la relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o mellar la dignidad del trabajador frente a cualquier contingencia acaecida antes, durante o después del vínculo laboral; precítese que el derecho al trabajo es fuente de los demás derechos laborales.

4.3. Discusión normativa de carácter supranacional

4.3.1. Análisis de la normativa interna

El tenor del artículo 27 de la Constitución previó que ante el despido arbitrario la ley debía otorgar al trabajador adecuada protección. En consecuencia, solo procederá reconocer el ejercicio de las garantías constitucionales a que se

refiere el numeral 2 del artículo 200 de la Constitución —que consagra la acción de amparo ante la vulneración o amenaza de los derechos reconocidos por la Constitución— cuando el despido implique la afectación de derechos fundamentales previstos en la propia Constitución. De otro modo, el artículo 27 de la Constitución resultaría innecesario, porque hubiera bastado con el reconocimiento al derecho al trabajo consagrado en el artículo 22°.

Debe considerarse que el artículo 27° de la Constitución contiene un “mandato al legislador para establecer protección “frente al despido arbitrario”, estableciéndose tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional: a. Se trata de un “mandato al legislador”, b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección, c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo No. 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización “como única reparación”, entonces no prevé la posibilidad de reincorporación -el denominado despido ad nutu- impone solo una tutela indemnizatoria.

Dicha disposición es incompatible con las disposiciones contenidas en la Constitución, respecto al derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional, pues un aspecto del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa; la forma de aplicación de esta disposición por el empleador evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación

laboral, ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos laborales).

Es evidente, entonces cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/y el trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral; por ello la comparación entre la Constitución de 1979 y 1993 en lo relativo a la estabilidad laboral resulta poco relevante, toda vez que, el hecho de que la Constitución de 1993 no haya recogido de forma expresa el tipo de estabilidad laboral, no la invalida, ya que, de conformidad a las normas internacionales la legislación de los países puede reconocer la estabilidad laboral absoluta o relativa.

4.3.2. Análisis de la normativa comparada

De acuerdo al desarrollo normativo comparado, se tiene que existen diversos tratamientos jurídicos respecto a la impugnación de un despido ocasionado intempestivamente, sin causa justa que medie tal decisión por parte del empleador como parte de su facultad; así podemos precisar la necesidad de equiparar los modelos laborales que hayan incorporado como regla la restitución del derecho al trabajo, esto es la reposición.

Siendo esto así en derecho español prescribe que si el trabajador no reclama ante la decisión de su empleador, el despido surtirá efectos, en este caso se extinguirá la relación laboral sin que el trabajador tenga derecho a indemnización, sin que tampoco pueda acceder a la prestación por desempleo; por su parte si el trabajador reclama contra el despido, los efectos dependen de la calificación

judicial, si el despido es declarado improcedente, el empleador podrá optar entre la readmisión con abono de los salarios de tramitación.

Asimismo, el derecho argentino, reconoce una estabilidad mixta, es decir, la absoluta y la relativa, en este contexto el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, protección contra el despido arbitrario y otros derechos laborales en concordancia con los instrumentos internacionales igualmente suscritos por el Perú.

Es claro advertir entonces, que en nuestro país como en otros tantos impera la desigualdad social, esta situación se puede evidenciar en la falta de igualdad de oportunidades, que genera una barrera sociológica difícil de romper, y que muchas veces imposibilita el avance social de un Estado. El mercado laboral se ve distorsionado, con el incremento de empleo informal de trabajadores considerados como no calificados, en donde se emplea a los trabajadores que acrediten educación superior denominados sector moderno y otro sector informal en donde se abarca a los que no cuentan con educación superior.

Es así como estos dos sectores poseen grandes diferencias no solo en cuestión salarial, sino también en ámbitos como capacitaciones, innovación y tamaño de negocios, todo por sistema jurídico laboral que aún no garantiza una verdadera protección frente al despido arbitrario.

4.3.3. Análisis de la normativa supra nacional

El derecho a la estabilidad laboral como mecanismo de protección frente a la voluntad extintiva de la relación laboral por parte del empleador ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales. Así, mediante la Declaración Universal

de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 —aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa 13282 del 15 de diciembre de 1948— se proclama no solo el derecho al trabajo sino la necesidad de contar con un régimen de protección, análogamente el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) —aprobado por el Perú mediante el Decreto Ley 22129 reconoce el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se ha pronunciado en el sentido que los Estados deben prever adecuadas salvaguardas que le facilite a cualquier trabajador que se sienta injustificadamente despedido poder apelar o pedir una imparcial revisión judicial o de un órgano independiente sobre su caso; el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea establece que con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo, las partes se comprometen a reconocer ese derecho y a tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos: acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional.

De lo expuesto surge que tanto el derecho al trabajo como la protección contra el despido cuentan con firme reconocimiento en diversos instrumentos internacionales. Sin embargo, cabe destacar que los mismos no establecen un esquema especial de tutela contra el despido, vale decir, una opción resarcitoria (estabilidad relativa) o una opción restitutoria (estabilidad absoluta). De ahí que se advierta que tales opciones dependerán del modelo constitucional y legal

establecido en cada ordenamiento, sin perjuicio que su análisis e interpretación deberá adecuarse a los instrumentos internacionales correspondientes.

Como ya se ha visto, los instrumentos internacionales analizados consagran el derecho al trabajo, pero no disponen una única alternativa, exclusiva y excluyente, respecto a las medidas reparadoras o de protección contra el despido ilícito. Sin embargo, en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) ambos ratificados por el Perú, sí se proclamaron parámetros específicos para la protección del derecho al trabajo al mismo tiempo que se le reconoce como un Derecho económico social y cultural.

En particular, en lo relativo al derecho al trabajo y a la protección contra el despido, el Perú quedó obligado a lo dispuesto en el Protocolo de San Salvador que principalmente regula las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo y la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, siendo que en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en su empleo.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuenta con diversos instrumentos relativos a limitar la voluntad extintiva de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, en los cuales se constata como común denominador la exigencia de la causalidad del despido, para posteriormente en 1982 el Convenio OIT 158 sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador ser estructurado sobre la necesidad de que la terminación de la relación de trabajo se fundamente en causa justificada. Así, se adoptó un principio de causalidad del

despido, con ello el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización.

De esta forma, el Convenio OIT 158 establece claros lineamientos para la protección contra el despido estableciendo la tutela restitutoria (reposición) como la opción preferente destinada a la cautela del derecho al trabajo, mientras que la tutela resarcitoria (indemnización) operará en defecto de la anterior conforme haya sido regulada por la legislación nacional. Así, y aun cuando se otorgue preferencia a la readmisión en el empleo, el artículo 10 del Convenio OIT 158 preserva la posibilidad de que el ordenamiento establezca distintos tipos de reparación frente al despido, entre los que se incluye la tutela restitutoria; siendo esto así resulta totalmente válido que nuestro ordenamiento jurídico de la materia opte por la tutela restitutoria que ha sido prevista por las normas internacionales que nos atañen.

4.4. Validación de hipótesis

4.4.1. Validación de hipótesis general

La **hipótesis general** planteada en la presente investigación se presentó en los siguientes términos: “Los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario del trabajador son doctrinarios, jurisprudenciales y normativos de carácter supranacional; todo ello en razón a que constituye una adecuada protección de naturaleza restitutoria del derecho al trabajo”, posición que ha quedado válidamente corroborada por los siguientes fundamentos:

En base la naturaleza jurídica de los principios que inspiran el derecho laboral peruano y el contenido esencial del derecho constitucional al trabajo que establece una dualidad en su dimensión objetiva, la primera de acceder a un puesto de trabajo y la otra a no ser despedido sino por causa justa; resulta necesario incorporar normativamente la reposición en la legislación laboral específica como protección adecuada frente al despido arbitrario, ante la innegable afectación que se genera a los intereses del trabajador en función a sus demás derechos fundamentales, su entorno personal y familiar.

Además la potencial colisión de preceptos legales y criterios jurisprudenciales en un proceso judicial de impugnación del despido y sus efectos legales, pues del análisis literal del artículo 27° de la actual Constitución Política del Perú, se echaba únicamente en la suerte del legislador establecer el mecanismo “adecuado” de protección de los trabajadores ante un despido arbitrario, frente a ello existía dos posibilidades: o bien se continuaba con el modelo de estabilidad absoluta adecuando el resarcimiento total; o se establecía el modelo de estabilidad relativa, permitiendo el despido arbitrario siempre y cuando se indemnice al trabajador, optando por esta última.

Es así que el segundo párrafo del artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728 señala: “(...) si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización establecida en el artículo 38, **como única reparación por el daño sufrido (...)**”; entonces queda claro que al contemplar la indemnización como única forma de reparación legal frente al despido arbitrario, el trabajador igual se queda sin empleo y con el único auxilio de percibir una indemnización prevista en el

mismo cuerpo normativo y que es fijada en una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones, con la atinencia claro está, que haya superado el periodo de prueba.

Entonces debemos decir que la ley ha reemplazado la tutela restitutoria proveniente de la Constitución de 1979, por la tutela resarcitoria, lo que desde el punto de vista conceptual significa romper la conexión lógica – jurídico entre la ilegitimidad e ineficacia del despido y admitir que el despido ilegítimo es eficaz y su consecuencia recae en una compensación económica.

En este entendido la legislación peruana ha retrocedido a la figura antigua del ‘despido pagado’, en la que se otorga al empleador “poder ilimitado’ para despedir, toda vez que el empleador podrá igualmente lograr su cometido, abonando la respectiva indemnización, la misma que no siempre logra su objetivo reparador, ya que en algunos casos el monto otorgado por este concepto no satisface las necesidades que debe afrontar el trabajador durante el periodo que se encuentre desempleado.

El efecto social de esta situación es preocupante ya que cuando los montos indemnizatorios son bajos, como sucede en nuestro país, por un lado, de alienta al despido arbitrario, y, por otro lado, los trabajadores cesados se encontrarán en una situación crítica; por ello consideramos que el acto ilegal de despido puede fácilmente ser concebido como una deuda del empleador para con el trabajador, sin tener por ello la obligación de emplear nuevamente a dicho trabajador. Podemos decir entonces que la reposición como marco de protección adecuada frente al despido, es más acertada y tan bien aplicada al modelo de estabilidad relativa

adoptada por nuestro sistema jurídico, debiendo ser incorporada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

4.4.2. Validación de hipótesis específicas

- La **primera hipótesis** específica planteada en la presente investigación se presentó en los siguientes términos: “En la actualidad la Ley de Productividad y Competitividad Laboral regula como única protección ante el despido arbitrario el pago de una indemnización. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha determinado la reposición del trabajador en las modalidades configuradas como despido incausado y fraudulento, por lo que la normatividad correspondiente debe ser ampliada en su contenido”, posición que ha quedado válidamente corroborada por los siguientes fundamentos:

Siendo el despido una decisión unilateral del empleador, este debe cumplir con requisitos diversos que lo doten de legitimidad y legalidad, caso contrario, este devendría en un acto arbitrario que no es tolerado en nuestro estado de derecho. Siendo esto así, el despido será legítimo siempre que se encuentre sustentado en una causa que -sea por la trascendencia y gravedad del hecho imputado- justifique la extinción de la relación laboral en el plano material de los hechos, asimismo será legal cuando la decisión haya sido emitida dentro de un debido procedimiento en el que se haya cumplido las garantías procesales en el plano formal de los documentos; cuando se cumple con todos los requisitos mínimos nos encontramos ante un despido justificado, caso contrario, estamos frente a un despido arbitrario regulado por ley.

Ahora bien y conforme lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 15 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 00976-2001-AA/TC,

los despidos arbitrarios se generan en tres casos: i) Despido Nulo ii) Despido Incausado, y iii) Despido Fraudulento; en relación a ello algunos doctrinarios afirman la existencia de una relación género – especie entre el despido arbitrario y sus disgregados. Sin embargo, por la ausencia normativa de estos presupuestos, esto no resulta así debido a que sus efectos legales son disímiles entre sí, pese a configurar en todos los supuestos la vulneración del derecho al trabajo.

Al respecto, el despido nulo tiene origen legal, ya que los supuestos de infracción se encuentran desarrollados expresamente en la enumeración taxativa del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, por su parte el despido incausado y fraudulento tienen un origen jurisprudencial, puesto que su definición y desarrollo proviene de criterios jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Constitucional; precisamente por ello, el despido incausado y fraudulento -a diferencia del despido nulo- no cuentan con enumeración taxativa que permita identificar cada uno de los supuestos de infracción, en mérito a que su desarrollo se identifica caso por caso de manera independiente, por lo que muchas veces se les confunde entre sí; en tal sentido urge la concentración de estos presupuestos en la ley a través de su incorporación normativa.

Para dejar más claro el panorama y la correspondencia en los tipos de despidos desarrollados por el Tribunal Constitucional, cabe precisar que mientras en el despido incausado no se cumple con el requisito de legalidad respecto al procedimiento llevado a cabo -es decir no existe causa justa alguna-, en el despido fraudulento este requisito necesariamente ha sido cumplido, adoleciendo más bien de legitimidad, no quedando claro el contexto en el que se reclame la ilegalidad o

ilegitimidad del despido arbitrario; es así como estas conjeturas pueden ser planteadas desde distintas aristas, más aún si se trata de los efectos legales que se quiere conseguir con su impugnación, planteamiento que en concreto responde a la necesidad inmediata de ampliar el contenido normativo del despido arbitrario en el Perú.

- La **segunda hipótesis** específica planteada en la presente investigación se presentó en los siguientes términos: “Los fundamentos doctrinarios que justifican la incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú se concentra en la acepción de que el despido constituye una anomalía jurídica por cuanto atentaría contra el principio de estabilidad en el empleo, principio que es la clave en el desarrollo del derecho individual del trabajo”, posición que ha quedado válidamente corroborada por los siguientes fundamentos:

El enfoque teórico que ha quedado sentado sobre el concepto del trabajo es entendido en un concepto amplio o extenso que considera que la actividad laboral puede tener recompensas intrínsecas en la misma, debido a que no solo representa una actividad pura y exclusivamente instrumental, sino que fundamentalmente puede tener en ella misma su fin, dando lugar a la autorrealización del ser humano en el goce pleno de su libertad y autonomía personal; criterio que además se encuentra alineada con la concepción doctrinal que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización

Asimismo, la doctrina laboralista ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral comprende dos aspectos sustanciales, por un lado, la estabilidad laboral de entrada, relacionado a la preferencia en la contratación de duración indefinida sobre la temporal, reservando la contratación por tiempo definido únicamente cuando la

labor a cumplir sea de tal naturaleza; y por otro lado la estabilidad laboral de salida referida directamente a la prohibición de despido arbitrario o injustificado.

Por consiguiente, se advierte que el derecho al trabajo refuerza el planteamiento favorable a la conservación del puesto, toda vez que conforme se ha precisado, aun configurándose la garantía del empleo como núcleo mismo del derecho al trabajo, esta no agota su contenido y debe integrarse el derecho a la conservación del puesto de trabajo.

Dicho esto, el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo son frecuentemente vinculadas en el análisis doctrinal, por ello el derecho al trabajo constitucionalmente diseñado se encuentra basado en tres acepciones categóricas; la primera como pretensión de conseguir una ocupación, la segunda como garantía de un puesto de trabajo adecuado, y la tercera como garantía de un puesto estable; en este entendido la exigencia de asegurar la continuidad del trabajo como principio general del derecho individualizado, se configura como manifestación predominante y exclusiva. Sin embargo, se ha cuestionado mucho el reconocimiento de la estabilidad en el empleo, en el sentido de la duración que deba asignársele a la relación laboral al momento de celebrar el contrato de trabajo, y porque no al momento de su extinción.

Sabemos bien que el derecho a la estabilidad en el empleo no puede ser entendida como un derecho “absoluto” que contemple la idea cerrada de puesto de trabajo; no obstante, se debe tener presente que la pérdida del puesto de trabajo puede impedir el goce efectivo de este derecho, por lo que se exige sea debidamente justificada.

Por su parte el despido deber ser considerado como poder excepcional, ya que de acuerdo al reconocimiento legal previsto frente a estos casos de anomalía en la relación laboral respecto a sus fines y principios ius naturales se establece circunstancias excepcionales denominadas como causas justas, y que de no configurarse estas, se limita el poder del empleador de despedir al trabajador, de esto resulta la importancia de asegurar legamente la reposición como consecuencia inmediata frente a un despido arbitrario.

Pues la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido toda vez que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador está de por sí afectada de nulidad y por consiguiente el despido carecerá de cualquier efecto legal, en razón de que el principio de primacía constitucional no permite que pueda reputarse como legítimo y eficaz aquellas conductas y actuaciones que importen la violación de derechos fundamentales reconocidos no solo por este cuerpo legal, sino también por los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos, por ello se requiere la unificación normativa y jurisprudencial de los alcances que conlleva la configuración de un despido arbitrario y su consecuente reposición, como restitución del derecho constitucional al trabajo.

- La **tercera hipótesis** específica planteada en la presente investigación se presentó en los siguientes términos: “Los fundamentos jurisprudenciales que justifican la incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú recaen fundamentalmente en lo establecido por sentencia 00976-2001-AA/TC y el Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral del 2012; mediante los cuales reconoce la readmisión al puesto de trabajo en caso de despido incausado

y fraudulento”, posición que ha quedado válidamente corroborada por los siguientes fundamentos:

En principio, la protección adecuada al que se refiere el artículo 27° de la Constitución Política no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización, ya que en nuestro país la indemnización frente al despido de manera objetiva busca brindar de algún modo una reparación económica al trabajador despedido, empero esta reparación de ningún modo va equipar el perjuicio personal, económico y social que acarrea para el trabajador la pérdida de su puesto de trabajo, por ello el propósito del proceso judicial en que se determine la vulneración de un derecho fundamental debería ser la restauración de las cosas al estado anterior de la violación o amenaza del derecho afectado -como en el amparo-, quedando a disposición del trabajador su readmisión o resarcimiento.

Jurisprudencialmente la extinción unilateral de la relación laboral, fundada exclusivamente en la voluntad del empleador, se encuentra afectada de nulidad cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona. Por ende, tras configurarse una modalidad de despido arbitrario procede la reposición como finalidad restitutoria de todo proceso que este encaminado a la tutela de derechos con base constitucional.

Este criterio conforme se ha desarrollado en el pronunciamiento emitido por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 976-2001-AA/TC de 13 de marzo del 2003, en el que se desarrolla la necesidad de habilitar un sistema o régimen de protección jurisdiccional idóneo; pues en el ámbito del

amparo -que en su oportunidad fue la vía recurrida para estos efectos-, la tutela siempre fue reponerse las cosas a su estado anterior, es decir la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente; y no el pago de una indemnización.

Y es que en la vía del amparo no se cuestionaba ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia de un motivo ilícito en el despido, como elemento determinante del mismo, que encubra la utilización del despido como justificante a la violación de un derecho constitucional; en tal sentido, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no fue propiamente la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales; estableciendo acertadamente a partir de ello un régimen sustantivo de protección reparadora y procesal de eficacia restitutoria, que en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, no puede limitarse en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario.

Por consiguiente, podemos sostener que el Tribunal Constitucional estima que frente al despido arbitrario, la protección adecuada debe ofrecer dos vertientes, una opción reparadora que permita la reposición en el empleo, y la otra opción indemnizatoria que permita el resarcimiento por el daño causado, conservando la orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral que no concibe estrictamente la estabilidad laboral absoluta, sino más bien se orienta a fortalecer los alcances de protección a los derechos del trabajador frente al ejercicio abusivo del derecho de los empleadores en la relación contractual.

Concordantemente la Corte Suprema ha sentado criterio en la Casación Laboral N° 2796-2015 JUNIN de fecha 30 de marzo del 2017 bajo el fundamento

que ante un despido que carezca de causa o motivo, la ley debe otorgar una adecuada protección, estableciendo que este derecho es de configuración legal, lo que exige al legislador entablar criterios mínimos de proporcionalidad para su aplicación, además de señalar que constitucionalmente se ha prescrito que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; que implica abordar cualquier controversia surgida entre el trabajador y el empleador al inicio, desarrollo y extinción del vínculo laboral.

Hasta este punto, cabe aclarar que los criterios para el tratamiento de la impugnación del despido, así como la causal del despido fraudulento, hasta antes de la vigencia de la Nueva Ley Procesal, eran de nivel escaso e irregular; no obstante, con la entrada en vigencia de esta norma se hizo necesaria el pronunciamiento vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República a través de Plenos Jurisdiccionales Supremos I y II, en la que además de determinar la competencia, vía y los plazos de caducidad, se estableció el proceso abreviado laboral como vía igualmente satisfactoria para la reposición en casos de despido fraudulento e incausado. Sin embargo, no reconoce por sí misma la reposición en los casos en que se verifica la lesión de los derechos fundamentales en el mismo acto de despido, ya que estos pueden concurrir independientemente en cualquier modalidad de despido arbitrario regulado por ley.

En este entendido, los juzgados laborales a pesar de haber superado algunas divergencias, presentan criterios dispares no solo entre los diversos juzgados laborales a nivel de distrito judicial, sino también en la concepción que maneja cada juzgado laboral sobre el despido planteado como arbitrario, el cual incluso es

incongruente en sus propias decisiones; situación que inevitablemente exige al legislador concentrar un criterio legal uniforme que debe contenerse en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a fin de garantizar la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico y predictibilidad de fallos en el sistema jurisdiccional.

- La **cuarta hipótesis** específica planteada en la presente investigación se presentó en los siguientes términos: “Los fundamentos normativos de carácter supranacional que justifican la incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú son el Convenio N° 158 de la OIT y la Convención Americana de Derechos Humanos con su Protocolo de San Salvador que establecen los lineamientos para la protección contra el despido estableciendo la tutela al trabajo restitutoria como la opción preferente destinada a la cautela del derecho al trabajo”, posición que ha quedado válidamente corroborada por los siguientes fundamentos:

Además de las normas internacionales que amparan el ejercicio efectivo del derecho al trabajo desde la óptica de su contenido esencial, el Convenio N° 158 de la Organización Internacional de Trabajo prohíbe al empleador despedir al trabajador sin haberle imputado la causa justa de despido, otorgándole un plazo razonable a fin que este pueda defenderse de los cargos que se atribuyendo, elementalmente como un procedimiento interno regular.

Asimismo reconoce la posibilidad de otorgar diferentes formas de medidas reparadoras, las cuales tienen sustento básicamente en los dos grandes acepciones; de regla como estabilidad laboral absoluta que permita al trabajador su reincorporación a su centro de trabajo, en tanto configura una medida reparadora eficaz sobre el principio de continuidad de la relación laboral, y de excepción como

estabilidad laboral relativa cuando se brinda una protección contra el despido al trabajador, pero que no llega a asegurar la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo, mas solo alcanza a una indemnización; un modo de estabilidad laboral considerado impropio, porque solo procede la tutela resarcitoria.

En este mismo razonamiento, el Protocolo de San Salvador ha reconocido plenamente al derecho al trabajo, disponiendo la implementación de condiciones igualitarias en su ejercicio, y reconociendo trascendentalmente la estabilidad de los trabajadores como la causa justa de separación ya sea por la indemnización, readmisión o cualquier otra prestación prevista por la legislación.

Es claro entonces que este régimen de estabilidad debe ser excepcional, bajo la naturaleza causal del despido, reconocido a nivel internacional en el que claramente se ha dejado atrás las facultades antagónicas del empleador, que le permitían poner término de modo unilateral a una relación de trabajo de duración indeterminada sin causa legalmente prevista, toda vez que la normatividad supranacional reconoce al trabajador el derecho a recurrir ante un organismo neutral para impugnar la decisión del empleador que él considere injustificado.

Entonces se corrobora que la forma de protección puede ser mediante la readmisión del trabajador en su centro laboral, o alternativamente si esta no se opta, el pago de una indemnización o alguna otra medida reparadora apropiada según el sistema adoptado por nuestra legislación, asimismo el juez de la causa puede advertir extensivamente la afectación de otros derechos fundamentales como consecuencia del despido.

Este sustento tiene también respaldo, en base a las distintas legislaciones comparadas donde si bien se sostiene la figura de la reposición como efecto

consecuente del despido a través de diferentes denominaciones, se utilizan algunos términos equivalentes como readmisión, reintegro, reposición, reinstalación, entre otras; que al final tienen el mismo contenido, el cual está relacionado al concepto doctrinal de que el trabajador despedido vuelva a su trabajo, desempeñando la misma tarea, conservando el mismo puesto, la misma antigüedad, las mismas condiciones laborales y la misma remuneración, esto en consideración a que la reposición de por sí deja sin efecto el despido y por ende la relación laboral debería mantener sus efectos legales de manera ininterrumpidas dada circunstancias de cada caso en concreto.

Siendo esto así, resulta necesario incorporar normativamente en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la reposición laboral como adecuada protección de naturaleza restitutiva opcional que puede solicitar el trabajador que ha sido despedido arbitrariamente, regulando no solo su alcance sino además las modalidades desarrolladas por la jurisprudencia nacional, de modo que se concentre en la norma todos sus efectos jurídicos.

CONCLUSIONES

PRIMERO: Los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario del trabajador tienen sustento doctrinario en las posiciones teóricas desarrolladas por la comunidad jurídica en el estudio del derecho laboral; jurisprudencial en los abundantes fallos emitidos por los máximos órganos jurisdiccionales que unifican la línea interpretativa de los efectos jurídicos del despido arbitrario y normativo de carácter supranacional en las disposiciones legales emitidas por los organismos internacionales en protección a los derechos humanos y en el tratamiento legislativo de otros estados.

SEGUNDO: La Ley de Productividad y Competitividad contempla los alcances normativos del régimen laboral de la actividad privada en el Perú. Sin embargo, dada la antigüedad de esta norma y la evolución del derecho laboral en nuestro sistema jurídico se advierte algunas limitaciones en su regulación, específicamente en el tratamiento jurídico del despido arbitrario previsto el artículo 34° del mismo cuerpo legal en el que se establece a la indemnización como única reparación por el daño sufrido producto del despido que no ha expresado causa alguna, condicionando por otro lado la reposición solo en determinados casos configurados como despido nulo por su directa transgresión a derechos constitucionales; sin advertir que el despido arbitrario en cualquier modo vulnera el derecho fundamental al trabajo y otros derechos derivados de la relación de trabajo como la protección contra el despido injustificado, derecho a la remuneración, derechos colectivos y además de otros de orden económico y personal.

TERCERO: La doctrina jurídica ha desarrollado la corriente del positivismo jurídico que exige un pensamiento en rigor al campo normativo del derecho, declarando culto al texto legal, limitando la actividad del juez a una labor de interpretación y respetando más bien la voluntad del legislador, la validez del derecho está sujeta entonces a su validez normativa dentro del sistema jurídico, por ello es necesario incorporar normativamente la reposición como consecuencia legal frente a un despido arbitrario; en este mismo sentido la doctrina laboral ha previsto un régimen de protección adecuada de eficacia restitutoria como regla general frente al despido arbitrario, al considerar como elemento sustancial del contenido del derecho al trabajo, el derecho a la permanencia en el empleo como garantía constitucional y que ante su agravio busca reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho afectado, esto es la readmisión en el empleo del trabajador.

CUARTO: El Tribunal Constitucional mediante STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC delimitó el contenido esencial del derecho constitucional al trabajo e interpretó que debe entenderse por protección adecuada frente a un despido arbitrario desde dos perspectivas, uno de carácter sustantivo y otro régimen de carácter procesal, este último de eficacia resarcitoria o de eficacia restitutiva, por su parte la STC. N° 00976-2001-AA/TC reconoció la readmisión en el puesto de trabajo en caso de despido incausado y fraudulento, posición que igualmente fue desarrollado por el Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral del 2012 y que hasta la actualidad viene siendo reconocido mayoritariamente por nuestro sistema jurídico; entonces la STC Exp. 1647-2013-PA/TC-Cusco que cambió radicalmente la perspectiva asumida por el máximo intérprete constitucional señalando que la estabilidad laboral no encuentra asidero en nuestro ordenamiento constitucional, por lo que en

ningún caso podrá utilizarse la vía de amparo para tutelar un inexistente derecho a la estabilidad en el trabajo o reposición laboral, exige al poder legislativo unificar estos criterio en el ordenamiento jurídico laboral de la materia, de modo que se brinde seguridad jurídica y predictibilidad de las decisiones judiciales.

QUINTO: Existen diversos instrumentos internacionales que reconocen el derecho al trabajo y su protección frente a un despido arbitrario, entre ellas el Convenio 158 de la OIT que recoge las ideas básicas del derecho a la estabilidad laboral, exigiendo una causa justificada para que el despido sea válido, en esta línea contempla la posibilidad de la aplicación de medidas reparatoras efectivas en caso que el despido se produzca sin causa alguna, en este mismo sentido el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en materia laboral parte del reconocimiento del derecho de toda persona de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido y el Protocolo de San Salvador que reconoce el derecho al trabajo, y la estabilidad de sus empleados; directrices que han sido bien optados por algunos otros países en beneficio de los trabajadores; en consecuencia la reposición implementada como mecanismo de protección frente al despido arbitrario resulta igualmente válido y aceptable para nuestro sistema jurídico en concordancia a nuestra Constitución y las normativas internacionales.

RECOMENDACIONES

PRIMERO: Se recomienda una revisión integral y consenso de criterios jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema a fin de evitar contradicciones y asegurar la predictibilidad en los pronunciamientos judiciales que se emitan en virtud a la impugnación de un despido considerado arbitrario.

SEGUNDO: Se recomienda la modificación del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 “Ley de Productividad y Competitividad Laboral” aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, no solo porque muchos de sus preceptos no se adecuan a la actual realidad jurídica, sino también porque es necesario sistematizar en un solo cuerpo legal los alcances y efectos que comprende una adecuada protección contra el despido arbitrario, en paralelo a los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional, Corte Suprema y los plenos jurisdiccionales desarrollados en materia laboral.

En mérito a ello se propone que el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que en la actualidad se encuentra así:

Artículo 34. 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 está 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.

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 38.

Se modifique y quede así:

Artículo 34. El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a su impugnación.

Si el despido es nulo, arbitrario -sea este incausada por no mediar causa justa expresa que pueda ser probada, o fraudulenta por la que si bien media una imputación causal, esta sea contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales- el trabajador tiene derecho a la readmisión en su puesto de trabajo, salve opte por el pago de la indemnización establecida en el Artículo 38. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral. La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.

En 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 igualmente en el Artículo 38, reconociéndose las remuneraciones dejadas de percibir que serán computadas desde el momento de su cese hasta su reposición.

TERCERO: Se recomienda capacitar y persuadir a los operados jurídicos involucrados en los procesos laborales, a fin de que ejerzan justicia con un enfoque tuitivo a la luz de los principios que emanan de la naturaleza misma del derecho fundamental al trabajo, que no solo atañe a la persona como ser individual, sino también a su familia y sobre todo a la sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso, M. y Casas, M. (2003). *Derecho del Trabajo*. Thomson Civitas.
- Aparicio, L., Chienda, A., Vilela, A. (2005). *Extinción de la Relación Laboral: Condiciones y Procedimientos para el despido*. JL Impresores.
- Aranzamendi, L. (2015). *Instructivo teórico-práctico del Diseño y redacción de la tesis en Derecho*. Grijley.
- Ávalos, O. (2017). *El Amparo Laboral*. Jurista Editores.
- Blancas, C. (2006). *El Despido en el Derecho Laboral Perú*. Ara Editores.
- Caldera, R. (1979). *Derecho del Trabajo*. El Ateneo.
- Castillo, C. (2002). *Hacia una nueva interpretación del despido sin justa causa*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Cubas, L. (2017). *El Despido Arbitrario. Desarrollo Doctrinario y Jurisprudencial*. El Búho.
- Daubler, W. (1990). *Derecho del Trabajo*. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- De Chalz, J. (1995). *Legislación Boliviana de Trabajo*. Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra Bolivia.
- De la Cruz, H. (2014). *El Despido Fraudulento y su impugnación*. Gaceta Jurídica.
- Encinas, I. (1987). *Teoría y técnicas de la investigación*. Ave S.A.
- Garavito, S. (2016). *Indemnización por Despido Arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los operadores jurídicos de la Corte Superior de Justicia de Lima Este 2016*. Universidad Cesar Vallejo.
- García, A, De Lama, M. y Quiroz, L. (2016). *Manual de Contratación Laboral. Análisis Legal, Doctrinario y Jurisprudencial*. El Búho.

- García, M. (1999). *Introducción al Derecho de Trabajo y la Seguridad Social*. Mc Graw Hill.
- Haro, J. (2003). *Derecho individual de Trabajo*. RAO.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mc GRAW –HILL.
- Higa, A. (2018). *La Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales. Un enfoque sustantivo y procesal*. El Búho.
- Jara, J. (2017). *El Periodo de Prueba Laboral en el Perú*. Lex&Iuris.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Ariel Editores.
- Marcenaro, R. (2009). *El trabajo en la Nueva Constitución*. Cultural Cuzco S.A. Editores.
- Paredes, P. (2010). *La Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Gaceta Jurídica.
- Pasco, M. (1994). *El principio protector en el Derecho Procesal del Trabajo*. Revista Digital.
- Pérez, L. (2016). *Protección contra el despido arbitrario, Expediente N° 01124-2001-AA/TC-Caso: Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A y FETRATEL Lima*. Universidad Científica del Perú.
- Quiñones, S., Paredes, M., Huamán, L., De la Cruz, M., Ruiz, J., Dueñas, R., Alva, N., Paredes, B., Sánchez, R., Zamora, M., Vitteri, J. (2014) *El Despido Laboral*. El Búho.
- Ramos, C. (2011). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Grijley.

- Santa Cruz, A. (2015). *La inclusión de la Ley 728 - El despido Incausado, Fraudulento para la Didáctica profesional bajo el régimen de la actividad privada*. Universidad Señor de Sipán,
- Sierra, R. (2001). *Técnicas de Investigación social. Teoría y ejercicios*. Paraninfo.
- Torres, A. (2001). *Acto Jurídico*. Moreno S.A.
- Toyama, J. (2005). *Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica.
- Toyama, J., Valderrama, L. y Tarazona, M. (2018). *Régimen Laboral Explicado 2018*. El Búho.
- Valderrama, L., García, A., Hilario, A., Barzola, M., Sánchez, R. (2015). *Régimen Laboral Explicado 2016*. El Búho.
- Vitteri, J. (2014). *Tratamiento jurisprudencial del despido incausado. El Despido Laboral. Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*. Gaceta Jurídica.
- Zavala, J. (2009). *El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo*. Grijley.

VII. ANEXO

7.1. Matriz de Consistencia

TÍTULO:

“INCORPORACIÓN NORMATIVA DE LA REPOSICIÓN FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO DEL TRABAJADOR EN EL PERÚ”

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p>Problema General</p> <p>¿Qué fundamentos jurídicos justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario del trabajador en el Perú.</p>	<p>Hipótesis General</p> <p>Los fundamentos jurídicos que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario del trabajador son doctrinarios, jurisprudenciales y normativos de carácter supranacional; todo ello en razón a que constituye una adecuada protección de naturaleza restitutoria del derecho al trabajo.</p>	<p>Variable Independiente:</p> <p>Incorporación normativa de la reposición.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Principios generales de la relación laboral. • Fundamentos doctrinarios. • Fundamentos jurisprudenciales • Fundamentos normativos de carácter supranacional 	<p>TIPO:</p> <p>Enfoque cualitativo toda vez que se realiza una Investigación Dogmático.</p> <p>NIVEL: Descriptivo</p> <p>DISEÑO: No experimental, transversal y descriptivo-explicativo.</p>
<p>Problemas Específicos</p> <p>¿Qué limitaciones regula actualmente la legislación laboral frente a un despido arbitrario en el Perú?</p> <p>¿Qué fundamentos doctrinarios justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú?</p>	<p>Objetivos Específicos</p> <p>Explicar las limitaciones que regula actualmente la legislación laboral ante un despido arbitrario en el Perú.</p> <p>Analizar los fundamentos doctrinarios que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú.</p>	<p>Hipótesis Específicas</p> <p>En la actualidad la Ley de Productividad y Competitividad Laboral regula como única protección ante el despido arbitrario el pago de una indemnización. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha determinado la reposición del trabajador en las modalidades configuradas como despido incausado y fraudulento, por lo que la normatividad correspondiente debe ser ampliada en su contenido.</p> <p>Los fundamentos doctrinarios que justifican la incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú se concentran en la acepción de que el despido constituye una anomalía jurídica por cuanto atentaría contra el principio de estabilidad en el empleo, principio que es la clave en el desarrollo del derecho individual del trabajo.</p>		<p>MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Dogmático, Hermenéutico, De la Argumentación Jurídica, Exegético y Fenomenológico.</p> <p>TÉCNICA:</p> <p>Investigación documental: bibliografía. Investigación empírica: Análisis documental.</p> <p>INSTRUMENTOS:</p> <p>- Fichajes (Bibliográfica, Textual, Resumen y de análisis). - Ficha de análisis documental.</p>

<p>¿Qué fundamentos jurisprudenciales justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú?</p>	<p>Interpretar los fundamentos jurisprudenciales que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú.</p>	<p>Los fundamentos jurisprudenciales que justifican la incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú recaen fundamentalmente en lo establecido por sentencia 00976-2001-AA/TC y el Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral del 2012; mediante los cuales reconoce la readmisión al puesto de trabajo en caso de despido incausado y fraudulento.</p>	<p style="text-align: center;">Variable Dependiente</p> <p style="text-align: center;">Despido Arbitrario en el Perú.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Protección adecuada de eficacia restitutoria. • Seguridad Jurídica en el reconocimiento de derechos laborales. • Uniformidad en el Criterio Jurisprudencial. • Técnicas Legislativas. 	
<p>¿Qué fundamentos supranacionales justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú?</p>	<p>Establecer los fundamentos normativos de carácter supranacional que justifican la necesidad de incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú.</p>	<p>Los fundamentos normativos de carácter supranacional que justifican la incorporación normativa de la reposición frente al despido arbitrario en el Perú están determinados por las disposiciones reguladas por el Convenio N° 158 de la OIT y la Convención Americana de Derechos Humanos con su Protocolo de San Salvador; las cuales establecen los lineamientos para la protección contra el despido estableciendo la tutela al trabajo restitutoria como la opción preferente destinada a la cautela del derecho al trabajo.</p>		