

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



**EL DESPIDO COMO ACTUACIÓN MATERIAL
ADMINISTRATIVA Y LA TUTELA PROCESAL
DIFERENCIADA DEL TRABAJADOR EN EL PROCESO
LABORAL PERUANO**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Bach. GUIDO AMERICO CASTILLO VALDIVIANO

ASESOR:
Mag. Demetrio Moisés Ordeano Vargas

Huaraz – Ancash - Perú
2018



FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, PARA A OPTAR
GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI. Resolución del Consejo
Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: CASTILLO VALDIVIANO GUIDO AMERICO

Código de alumno: 102.1604.425 Teléfono: 974085471

Correo electrónico: juanpi-801@hotmail.com DNI o Extranjería: 10728895

Modalidad de trabajo de investigación:

Trabajo de investigación

Trabajo de suficiencia profesional

Título profesional o grado académico:

Trabajo académico Tesis Bachiller Licenciado Título

Magister Segunda especialidad Doctor

Título del trabajo de investigación:

EL DESPIDO COMO ACTUACIÓN MATERIAL ADMINISTRATIVA Y LA TUTELA PROCESAL
DIFERENCIADA DEL TRABAJADOR EN EL PROCESO LABORAL PERUANO

Facultad: DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.

Escuela, Carrera o Programa: DERECHO

Asesor:

Apellidos y Nombres: Mag. ORDEANO VARGAS, DEMETRIO MOISÉS

Correo electrónico: hurssell@hotmail.com DNI o Extranjería: 31667497 Teléfono: 959029006

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma: 

D.N.I.: 10728895

FECHA: 06 de noviembre de 2018

AGRADECIMIENTO

Dedico el presente trabajo a dios, a mis
padres y a mi familia.

ÍNDICE

Resumen	v
Abstract	vi
INTRODUCCION	01

CAPITULO I

PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema	04
1.2 Formulación del problema	06
1.2.1 Problema General	06
1.2.2 Problemas específicos	06
1.3 Importancia del Problema	07
1.4 Justificación y viabilidad	08
1.4.1 Justificación teórica	08
1.4.2 Justificación metodológica	09
1.4.3 Justificación social	09
1.4.4 Justificación jurídica y legal	09
1.4.5 Justificación práctica	10
1.4.6 Viabilidad	11
1.5 Formulación de Objetivos	11
1.5.1 Objetivo General	11
1.5.2 Objetivos Específicos	11
1.6 Formulación de Hipótesis	11
1.7 Variables	13
1.8 Metodología de la Investigación	14

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes	24
2.1.1 Antecedentes Internacionales	24
2.1.2 Antecedentes Nacionales	25
2.1.3 Antecedentes Locales	26
2.2. Bases Teóricas	27
2.2.1 Neoconstitucionalismo	27
2.2.2 El Despido en el Perú	29
2.2.3 La actuación material en la Administración Pública	35
2.2.4 La Tutela procesal diferenciada	37
2.3 Definiciones y Términos	47

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios	49
3.2. Resultados Normativos	135
3.2.1. Derecho Interno	135
3.2.2. Derecho comparado	135
3.3. Resultados jurisprudenciales	146
3.3.1. Poder Judicial	146

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1.	Discusión doctrinaria	149
4.1.1.	Posturas o argumentos a favor	149
4.1.2.	Posturas o argumentos en contra	152
4.1.3.	Posición o argumentos personales	156
4.2.	Discusión normativa	156
4.2.1.	Análisis o discusión de la normatividad interna	156
4.2.2.	Análisis o discusión del derecho comparado	158
4.3.	Discusión jurisprudencial	159
4.3.1.	Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial	159
4.4.	Validación de hipótesis	160
4.4.1	Validación de Hipótesis General	160
4.4.1.1	Argumento 1	160
4.4.1.2	Argumento 2	161
4.4.1.3	Argumento 3	162
4.4.2	Validación de Hipótesis Específicas	163
4.4.2.1	Validación de la Hipótesis Específica Nro. 01	163
4.4.2.1.1	Argumento 1	163
4.4.2.1.2	Argumento 2	164
4.4.2.1.3	Argumento 3	165
4.4.2.2	Validación de la Hipótesis Específica Nro. 02	166
4.4.2.2.1	Argumento 1	166
4.4.2.2.2	Argumento 2	167
4.4.2.2.3	Argumento 3	167
4.4.2.3	Validación de la Hipótesis Específica Nro. 03	168
4.4.2.3.1	Argumento 1	168
4.4.2.3.2	Argumento 2	169
4.4.2.3.3	Argumento 3	169
	CONCLUSIONES	170
	RECOMENDACIONES	172
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	173
	ANEXOS	177

RESUMEN

El Informe Final de la presente Tesis trata sobre: “El despido como actuación material administrativa y la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano”, pues tuvo como finalidad centrar su estudio en el despido como actuación material administrativa y la afectación a la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano. Cuyo objetivo general se centró en la descripción de las repercusiones que posee el despido como actuación material administrativa. Así mismo tuvo como objetivos específicos determinar las limitaciones y alternativas de solución.

El enfoque dogmático – jurídico que cuestionó si corresponden establecer si se cumplen los principios y fundamentos del nuevo proceso laboral peruano aplicados al proceso contencioso administrativo laboral.

Es así, que desde un enfoque de la investigación es cualitativo ya que la investigación reside en la apreciación dogmática - jurídica respecto al despido como actuación material administrativa y la afectación a la tutela procesal diferenciada.

La metodología se encuentra enfocada desde el punto de vista de la ciencia como investigación descriptiva y en forma particular como jurídica-dogmática, mediante la utilización especialmente de los métodos hermenéuticos en materia jurídica; bajo dicha perspectiva metodológica se empleará la técnica documental y análisis cualitativo para establecer el estudio del despido como actuación material administrativa y la afectación a la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.

PALABRAS CLAVES: Actuación material, Despido, tutela diferenciada.

ABSTRACT

The Final Report of the present Thesis deals with: "The dismissal as administrative material action and procedural protection differentiated from the worker in the Peruvian labor process", because it had the purpose of focusing its study on the dismissal as administrative material action and the affectation to the procedural protection differentiated from the worker in the Peruvian labor process. Whose overall objective was focused on the description of the repercussions that the dismissal has as administrative material action. Likewise, it had as specific objectives to determine the limitations and alternative solutions.

The legal-dogmatic approach that questioned whether to establish whether the principles and foundations of the new Peruvian labor process applied to the contentious administrative labor process are met.

Thus, from a research approach is qualitative as the investigation resides in the dogmatic - legal assessment regarding dismissal as administrative material action and the affectation to different procedural protection.

. The methodology is focused from the point of view of science as descriptive research and in particular as legal-dogmatic, through the use especially of hermeneutical methods in legal matters; under this methodological perspective, the documentary technique and qualitative analysis will be used to establish the study of dismissal as administrative material action and the affectation to the procedural protection differentiated from the worker in the Peruvian labor process.

KEYWORDS: Material action, dismissal, differentiated guardianship.

INTRODUCCIÓN

El despido es una forma de culminación o extinción de la relación laboral, así mismo constituye la sanción más drástica que puede tomar el empleador para extinguir el vínculo que mantiene con el trabajador y así dar por finalizada dicha relación jurídica de manera correcta y en coherencia con el ordenamiento jurídico, claro bajo el sostenimiento de causal expresada o falta grave; sin embargo, se puede advertir que no siempre el empleador sustenta el despido en falta grave o causal fundamentada, tal es así, que se puede apreciar la existencia del despido arbitrario la misma que no se encontraría acorde al ordenamiento constitucional.

En este sentido se aprecia que el despido puede estar contenido dentro de las relaciones jurídicas privadas y públicas, es en este último sentido que reposa la presente tesis. Es por ello, que la tesis se denomina: “El despido como actuación material administrativa y la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano”, trata sobre los efectos jurídicos que se genera el despido arbitrario realizado por la administración pública mediante actos y hechos administrativos, pues tiene una especial repercusión.

El capítulo I, trata sobre el problema y la metodología de la investigación, en donde describimos el problema, su análisis, pronóstico y estado actual del despido como actuación material administrativa y la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano. Es así, que formulamos el problema principal conforme a lo siguiente: ¿Qué repercusiones posee el despido como actuación material administrativa en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral de trabajo en el Perú? Así mismo precisamos los problemas específicos: (a) ¿Qué limitación presenta el despido como actuación material

administrativa, ante la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral de trabajo en el Perú? (b) ¿Qué efectos jurídicos produce la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral en el Perú? (c) ¿Qué alternativa de solución jurídica contribuirá a corregir la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral en el Perú?

La tesis ha planteado como objetivo general: Describir qué repercusiones posee el despido como actuación material administrativa en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral de trabajo en el Perú. Además, se plantearon como objetivos específicos: (a) Determinar qué limitación presenta el despido como actuación material administrativa, ante la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral de trabajo en el Perú. (b) Analizar qué efectos jurídicos produce la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral en el Perú. (c) Exponer qué alternativa de solución jurídica contribuirá a corregir la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral en el Perú.

Así también establecemos la metodológica de la investigación que tiene una profundidad científica a nivel descriptiva pues se enmarcó la problemática en una tesis jurídica-dogmática-normativa. Así mismo se trata de una tesis que tiene un nivel comprensivo e integrativo respecto al despido como actuación material administrativa y sobre su repercusión en la tutela procesal diferenciada. El diseño

de investigación general es no experimental, de corte transversal, es así, que se han establecido diversos métodos de investigación jurídica.

Capítulo II, trata sobre el marco teórico, en donde se puede establecer los antecedentes de la investigación tanto las tesis como investigaciones realizadas sobre el acto material como del despido arbitrario tanto a nivel internacional, nacional y local. Así mismo se fundamenta la teoría del neoconstitucionalismo para establecer la tendencia de los tópicos en donde se ha desarrollado sobre el despido y las actuaciones de la administración pública. Es así, que el objetivo general describe las repercusiones que tiene el despido arbitrario como acto material de la administración pública y los objetivos específicos analizan y exponen sobre las consecuencias y soluciones frente al fenómeno del despido arbitrario y sus diversas modalidades moldeadas en las actuaciones de la administración pública.

El Capítulo III, trata sobre los resultados y discusión de la investigación, en donde se puede advertir el estado normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre el despido como actuación material administrativa y la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.

El Capítulo IV, trata sobre la validación o contrastación de las hipótesis, en donde se constató las hipótesis generales y específicas.

En los capítulos V y VI, se desarrollan las conclusiones y recomendaciones que se encaminan a establecer los efectos positivos y negativos dentro de los principios y reglas sobre el despido como actuación material administrativa y la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.

El tesista

CAPÍTULO I

PROBLEMA Y LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del Problema:

La administración pública, también maneja diversas contrataciones laborales, las misma en las cuales ostenta la calidad de empleador. Es así, que el Estado también puede configurar diversos despidos en contra de los trabajadores.

Siendo de esta forma, la extinción del vínculo laboral (despido) se puede dar de dos maneras: si proviene de la manifestación unilateral de una de las partes, puede adoptar la forma de despido (si esta decisión proviene del empleador); por otro lado, si proviene de la determinación del trabajador, adopta la forma de renuncia; y finalmente, si la manifestación de voluntad procede de ambas partes, estaríamos frente al llamado mutuo disenso y el cumplimiento del plazo respectivo, condición resolutoria o terminación de la obra o servicio correspondiente en los contratos sujetos a modalidad.

Conforme lo establece el inciso g) del artículo 16 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), el despido es causa de extinción del contrato de trabajo, en otras palabras, el despido es una forma legalmente establecida para terminar el vínculo laboral.

El despido en tanto finalización o ruptura de un vínculo laboral, surge de un conflicto que hace inviable o hasta insoportable la subsistencia de la relación laboral. Hemos parafraseado la parte introductoria del artículo 25 de la LPCL, la cual encierra una definición de falta grave que causaliza o justifica el despido por

la comisión de falta grave, en tanto existe un conflicto entre el actuar del trabajador y las normas que regulan la relación laboral.

En palabras del profesor Blancas Bustamente¹ el despido es un acto unilateral por el cual el empleador pone fin al contrato de trabajo. Americó Plá Rodríguez² establece que es que ese conflicto, generado a partir de una conducta o un dejar de hacer, resulta de tal grado (ya sea por su única ocurrencia o por la suma de antecedentes) que hacen inviable mantener la relación laboral.

El artículo 22 de la LPCL, establece como un requisito indispensable para el despido justo “(...) la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada (...)”, siendo que la misma puede estar relacionada “(...) con la capacidad o con la conducta del trabajador (...)”. La carga de la prueba para el despido, esto es la “(...) demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

Queda claro que el elemento determinante para todo despido es la existencia de una causa justificante, la cual deberá ser acreditada por el empleador en el proceso. Sin motivación alguna (sin causa justa) o con una motivación endeble, vaga, imprecisa, irregular o falsa, podríamos recorrer todos los tipos de despido regulados tanto por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral como por la desarrollada a nivel jurisprudencial.

Por lo tanto, despido no puede ser visto *per se* cómo un acto lesivo o ilegal, ya que el legislador lo ha regulado, resultando legal siempre y cuando: i) se sigan las

¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2013). El despido en el Derecho Laboral peruano. Jurista Editores, Lima, Perú, p. 67.

² PLÁ RODRIGUEZ, Américo. (1987). Extinción del contrato de trabajo en Uruguay. AELE Editorial, Lima, Perú, p. 12.

formas (plazos y tiempos) establecidas en la LPCL; y ii) exista la causalidad a la que hemos hecho antes referencia.

Ahora, si bien la renuncia, entendida esta como la manifestación de voluntad formulada por el trabajador para dar por terminado el vínculo laboral, es la forma pacífica y óptima para ambas partes (empleador y trabajador) para resolver el contrato de trabajo, el despido aparece como una salida final e indeseable, pero muchas veces necesaria e ineludible, para finalizar todo vínculo con el trabajador. En sentido se puede apreciar que el despido en la administración pública pues materializarse como un acto administrativo o como un acto material; resultando ser problemático respecto al despido como acto material como acto de hecho que no consta en un acto o resolución administrativa, llevando esto a confusión al trabajador que busca cuestionar el sentido o fundamentos de su despido; es así, que se debe de establecer fundamentos jurídico laborales para que el trabajador pueda impugnar directamente a la vía judicial su rechazo al despido de hecho.

1.2 Formulación del Problema de investigación

1.2.1 Problema General:

¿Qué repercusiones posee el despido como actuación material administrativa en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano?

1.2.2 Problemas Específicos:

- ¿Qué limitación presenta el despido como actuación material administrativa, en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano?

- ¿Qué efectos jurídicos produce la limitación en la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral peruano?
- ¿Qué alternativa de solución jurídica contribuirá a corregir la limitación en la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral peruano?

1.3 Importancia del Problema:

El despido incausado se ha incorporado dentro de nuestro sistema jurídico mediante diversas jurisprudencias del tribunal constitucional.

El despido incausado se configura como una sub clase de despido arbitrario, estableciéndose frente al empleador que ejecuta la terminación de la relación laboral de manera unilateral, sin expresión de causa justa, realizando diversos artilugios legales o encubrimientos o enmascaramiento de la verdadera relación laboral, resaltando en este aspecto la realidad de los hechos antes que los documentos utilizados para justificar la no laboralidad o la temporalidad de la relación.

La caracterología que ha realizado la jurisprudencia del tribunal respecto a los tipos de despido en el Perú son el despido nulo, despido incausado, fraudulento. En este mismo sentido la legislación vigente también reconoce la existencia del despido indirecto o también denominados actos de hostilidad.

Estos despidos tienen como remedio la reposición al centro de labores y bajo decisión del trabajador la pretensión de la indemnización tasada.

La doctrina, normatividad o legislación laboral vigente y así como el análisis del derecho comparado en donde se podrá establecer diversas apreciaciones y valoraciones sobre el despido de hecho dentro de la administración pública tiene

diversas aristas tanto materiales como procesales en la actual legislación dispersa para dicho supuesto desde la Ley del Procedimiento Administrativo, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo en materia laboral, así como los fundamentos y principios incorporados por la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

1.4 Justificación y Viabilidad:

La Justificación se identifica con los móviles de la investigación, a decir de Arazamendi: “son los propósitos definidos que son suficientemente importantes que fundamenten su realización”³, por lo que pasamos a justificar de la siguiente manera:

1.4.1 Justificación Teórica:

La presente investigación se justifica teóricamente porque permite aportar al conocimiento de principios y reglas del nuevo proceso laboral peruano para establecer al alcance al despido como actuación material administrativa en la afectación a la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.

El despido constituye una categoría conceptual del derecho laboral, es así que se puede apreciar que sus teorías sustentan como una forma de extinción de la relación laboral, pero que puede ser de manera legal (despido justificado) o de manera arbitraria. En este sentido dicho acto puede estar contenido como un acto material emitido por la administración pública; es así, que se hace necesario verificar algunos conceptos sobre el tratamiento de los actos materiales señalados

³ ARAZAMENDI, Lino (2011). La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis. 2da. Ed.: Lima - Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.. p. 139.

en el derecho administrativo material y adjetivo y así mismo ver su tratamiento a nivel del derecho procesal mediante la diferenciación de la tutela.

1.4.2 Justificación Metodológica:

La presente Investigación, para ser confiable como conocimiento científico propone técnicas y medidas procedimentales para resolver el despido como actuación material administrativa en la afectación a la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.

1.4.3 Justificación Social:

La investigación es relevantemente social, pues se busca establecer una solución al problema recurrente del despido como actuación material administrativa y la afectación a la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano, en forma específica se centrará en el derecho procesal laboral peruano.

1.4.4 Justificación Jurídica y Legal:

La justificación Jurídica y legal de la investigación se encuentra en:

- Constitución Política del Perú,
- Ley Universitaria N° 30220,
- Estatuto de la UNASAM
- Reglamento de Grados y título de la FDCCPP- UNASAM
- Ley 26636, Ley Procesal de Trabajo
- El Texto Único ordenado de la ley 27584- Ley del proceso Contencioso Administrativo; aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS
- Ley 29497, Nueva Ley procesal de Trabajo
- Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General
- Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y

de Remuneraciones del Sector Publico

- Decreto Supremo N° 005-90-PCMR, Reglamento de la Carrera Administrativa
- Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios
- Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057
- Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil
- Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley 30057
- Decreto Supremo N° 003-97-TR

1.4.5 Justificación Práctica:

Esta investigación se realiza porque existe la necesidad de resolver el problema jurídico de afectaciones a la tutela procesal diferencia a favor del trabajador en el supuesto del despido de hecho o no contenido en acto administrativo, partiendo del sistema, principios y reglas del nuevo proceso laboral peruano. En este sentido resulta ser práctico establecer el despido sea nulo, fraudulento o incausado, los mismos que pueden estar contenidos en los actos materiales de la administración pública y requieren un distinto análisis dentro del proceso de revisión de dicha decisión desde antes de su curso procesal hasta su establecimiento o instauración.

1.4.6 Viabilidad:

a) Viabilidad Teórica:

La presente investigación se podrá concretar del análisis del despido como actuación material administrativa y la afectación a la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano, definiendo los sistemas, teorías,

principios y reglas del Derecho de trabajo y Procesal de Trabajo, así como en su Doctrina y Jurisprudencia.

b) Viabilidad Temporal.

El presente estudio evaluó los avances que se tenía durante el 2017-2018.

c) Viabilidad Social.

El Estudio se realizó limitándose el ámbito de Derecho de Trabajo y Procesal Laboral desde una perspectiva jurídico-doctrinal-normativo- jurisprudencial.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo General:

Describir qué repercusiones posee el despido como actuación material administrativa en tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.

1.5.2 Objetivos Específicos:

- Determinar qué limitación presenta el despido como actuación material administrativa, en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.
- Analizar qué efectos jurídicos produce la limitación en la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral peruano.
- Exponer qué alternativa de solución jurídica contribuirá a corregir la limitación en la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral peruano.

1.6 Formulación de Hipótesis

1.6.1 Hipótesis General:

Las repercusiones que poseen el despido como actuación material administrativa

en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano son la limitación en la tutela procesal diferenciada, los efectos jurídicos que produce la limitación en la tutela procesal diferenciada, y la alternativa de solución jurídica que contribuirá a corregir la limitación en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.

1.6.2 Hipótesis Específicas:

- La limitación que presenta el despido como actuación material administrativa en la tutela procesal diferenciada del trabajador, es por cuánto no se ha desarrollado normativa ni jurisprudencialmente el supuesto de “despido de hecho” o “despido no contenido en acto administrativo” para ser impugnado directamente al Poder Judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa.
- Los efectos jurídicos que produce la limitación en la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa son las contravenciones a los principios de protección al trabajador sustentados como fundamentos del nuevo proceso laboral peruano.
- La alternativa de solución jurídica que contribuirá a corregir la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa, es establecer la interpretación de protección a favor del trabajador que le garantice un tratamiento procesal laboral diferenciado por provenir de una relación laboral desigual.

1.7 Variables:

a) Identificación de Variables:

Hipótesis General	Hipótesis Específica	
	Primera	Segunda y Tercera
<p>Variable independiente</p> <ul style="list-style-type: none"> Tutela Jurisdiccional efectiva <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Tutela Procesal Ordinaria Tutela Procesal diferenciada <p>Variable Dependiente (i)</p> <ul style="list-style-type: none"> Despido <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Incausado. Fraudulento. Nulo. Indirecto. <p>Variable Dependiente (ii)</p> <ul style="list-style-type: none"> Actuaciones administrativas <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Acto administrativo Actos de Administración Actos materiales 	<p>Variable Independiente</p> <ul style="list-style-type: none"> Fundamentos del proceso laboral <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Desigualdad material entre empleador y trabajador Principio tuitivo <p>Variable Dependiente (i)</p> <ul style="list-style-type: none"> Despido <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Incausado. Fraudulento. Nulo. Indirecto. <p>Variable Dependiente (ii)</p> <ul style="list-style-type: none"> Actuaciones administrativas <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Acto administrativo Actos de Administración Actos materiales 	<p>Variable Independiente</p> <ul style="list-style-type: none"> Fundamentos del proceso laboral <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Desigualdad material entre empleador y trabajador Principio tuitivo <p>Variable Dependiente (i)</p> <ul style="list-style-type: none"> Despido <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Incausado. Fraudulento. Nulo. Indirecto. <p>Variable Dependiente (ii)</p> <ul style="list-style-type: none"> Actuaciones administrativas <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Acto administrativo Actos de Administración Actos materiales

b) Operacionalización de Variables:

VARIABLES	Definición Conceptual	Definición Operacional	Indicadores
(X) Tutela Jurisdiccional efectiva	Sistemas, teorías, conceptos y definiciones	Permitirá conocer las bases de la teoría general del proceso	<ul style="list-style-type: none"> Tutela Procesal Ordinaria Tutela Procesal diferenciada
(Y) Actuaciones administrativas	Fundamentos y conceptualizaciones.	Permitirá conocer la teoría general del acto administrativo	<ul style="list-style-type: none"> Acto administrativo Actos de Administración Actos materiales

1.8 Metodología de la Investigación

1.8.1 Tipo y diseño de Investigación

1.8.1.1. Tipo de Investigación:

Se debe de recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversos tipos de investigación tales como; exploratorias, descriptivos, correlacionales y explicativos⁴. La presente investigación fue descriptiva desde el punto de vista del tema de investigación, ya que empezó con examinar e indagar como es el despido como actuación material administrativa y la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.

Como ciencia particular es del tipo de investigación jurídica - dogmática⁵, pues se evaluó desde una teórica los principios procesales del nuevo proceso laboral peruano en el supuesto del despido de hecho.

Un paradigma integrativo que el derecho debe superar es la norma legislada formalmente vigente y empaparse de la norma vivida en la sociedad: la norma hecha conducta, la norma eficaz. La incorporación del contexto, la articulación vigencia-validez-eficacia; los valores e intereses protegidos: la aplicación y los órganos jurisdiccionales, conforman el paradigma holístico que no rechaza ni excluye el estudio exegético de las normas, sino que lo integra y subsume como una vertiente más. ⁶En el siguiente cuadro nos grafica los objetivos y tipos de investigación que aplicados al campo de la investigación jurídica es posible plantear⁷:

⁴ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar (1997). Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill, México.

⁵ QUIROZ SALAZAR, William (2007). Investigación Jurídica. Editorial IMSERGRAF EIRL, Lima, p 54.

⁶ HURTADO DE BARRERA, Jacqueline (2001). Las tendencias holísticas propician un mundo más humano y libre de dependencias ideológicas, 12a. ed., Caracas, Medio Internacional.

⁷ HURTADO DE BARRERA, Jacqueline (2000). Metodología de la investigación holística, Caracas, Sypal.

Nivel	Objetivo	Holotipo
Perceptual	Explorar Describir	Investigación Exploratoria. Investigación Descriptiva.
Aprehensivo	Comparar Analizar	Investigación Comparativa. Investigación Analítica.
<u>Comprensivo</u>	<u>Explicar</u> Predecir Proponer	<u>Investigación Explicativa.</u> Investigación Predictiva. Investigación Proyectiva.
Integrativo	Modificar Proponer <u>Evaluar</u>	Investigación Interactiva. Investigación Confirmatoria. <u>Investigación Evaluativa.</u>

Desde el punto de vista holístico aplicado a la investigación del derecho: **(a)** La presente investigación tuvo el **Nivel Comprensivo** ya que el objetivo es explicar el despido como actuación material administrativa y la afectación a la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano, por lo cual, el holotipo fue una investigación jurídica-explicativa. **(b)** La Investigación también tuvo el **Nivel Integrativo** porque tuvo como objeto **confirmar o negar** la aplicación correcta y bajo este nivel también buscó **evaluar** el despido como actuación material administrativa y la afectación a la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.

1.8.1.2 Diseño de Investigación:

a) General:

Correspondió a una **Investigación No experimental**⁸:

Porque en esta investigación no se tuvo dominio de las variables y no se las pudo manipular deliberadamente.

La investigación no experimental es subdividida en diseños transeccionales o transversales y diseños longitudinales. La presente fue una **investigación no**

⁸ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). Fundamentos de la Investigación Científica y Jurídica. Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

experimental Transversal, porque esta investigación recolectó y describió datos en un periodo que comprende desde el año 2017-2018.

b) Específico:

Se empleará el diseño causal explicativo⁹, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio del problema planteado.

1.8.2 Métodos de Investigación:

Con la finalidad tener en cuenta los métodos utilizados para la presente investigación jurídica, se debe entender cuál es el enfoque metodológico que se pretende, ya que se busca desentrañar el funcionamiento sistemático. Los métodos específicos a emplearse en la investigación jurídica¹⁰ a nivel de pre-grado:

Método Dogmático¹¹: Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

⁹ HERNANDEZ SAMPIERE, Roberto y otros (2010). Metodología de la investigación. Editorial McGrawHill, México p. 151.

¹⁰ RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2001) Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento. Editorial Grijley, Lima, pp. 92 y ZELAYARAN DURAN, Mauro (2007). Metodología de la Investigación Jurídica. Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 65 y ss.

¹¹ Ibidem.

En nuestro caso, se puede advertir que se tuvo en cuenta la dogmática del derecho de trabajo sobre el despido y sus repercusiones jurídicas, así como también se estableció los conceptos dogmáticos sobre las actuaciones administrativas del Estado y por último las doctrinas de la tutela procesal efectiva y diferenciada como parte de la teoría procesal actual.

Método Hermenéutico¹²: En sentido amplio, este método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En este sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

En nuestro caso se ha sistematizado, sintetizado e interrelacionado las instituciones jurídicas del despido, la actuación administrativa y la tutela procesal diferenciada las mismas que se trataron desde sus perspectivas dogmáticas, doctrinales, así como la normatividad y la jurisprudencia correspondiente, con la finalidad de desentrañar su verdadera realidad jurídica.

Método Exegético¹³: Tiene por objeto 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 será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará al estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

En este extremo se estableció las interpretaciones de las normas vigentes, partiendo de las interpretaciones literales y teleológicas, así como interpretaciones

¹² Ibidem

¹³ Ibidem.

amplias y escritas sobre el despido, la actuación administrativa y la tutela procesal efectiva con la finalidad de desentrañar su sentido.

Argumentación Jurídica¹⁴: La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirmen o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada o afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, o la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad incompatibilidad de la norma jurídica al caso concreto.

En esta investigación se enfocó la tesis partiendo de las perspectivas de los principios frente a las reglas, es así, que se partió del principio de protección frente al despido arbitrario, así como el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva; es así, que en base a dichos principios se puede establecer diferentes reglas que van desarrollando y materializando dichos principios.

¹⁴ ATIENZA, Manuel (2004). Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica. Editorial Palestra, Lima, pp. 28 y ss.

1.8.3 Plan de recolección de la información y/o delimitación de la investigación¹⁵

1.8.3.1 Población:

- a) **Universo físico:** Constituido por el ámbito nacional y mundial.
- b) **Universo Social:** Se circunscribe a la dogmática, normatividad y jurisprudencia.
- c) **Universo temporal:** La investigación se circunscribe al año 2017-2018.

1.8.4 Instrumentos de recolección de la información. -

TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN	INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA
Análisis documental.	Fichas de resumen.	Fuente: Libros, tratados e internet.
Análisis documental.	Fichas Textuales.	Fuentes: Libros, tratados e internet.
Análisis documental.	Fichas bibliográficas.	Fuentes: Libros, tratados e internet.
Análisis documental	Fichas de análisis	Fuentes bibliográficas y carpetas fiscales.

1.8.5 Plan de procesamiento y análisis de información

1.8.5.1 Estrategias o procedimientos de recogida de información:

1. Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos son las fichas Textuales y de resumen.
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 argumentación Jurídica.

¹⁵ Por la naturaleza de la investigación que es dogmática, no es necesario la determinación de la población y la muestra puesto que no se harán mediciones, contrales ni se probarán hipótesis, sin embargo, por la formalidad del esquema solicitado por la Escuela de Post Grado de la UNASAM se cumple formalmente con este requisito, tomando como referencia para estos ítem a ZELAYARAN DURAN, Mauro (2007). Metodología de la Investigación Jurídica. Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 251-258.

Para la obtención de información de la investigación se procedió a través del método cuantitativo y cualitativo que permitió recoger, datos numéricos y opiniones o valoraciones sobre el problema planteado.

1.8.5.2. Análisis e interpretación de la información:

Análisis de contenido

Cuyos pasos a seguir fueron:

- a) Selección de la comunicación estudiada;
- b) Selección de las categorías.
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del Sistema de recuento o de medida.

1.8.5.3 Criterios:

Los criterios del presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función de objetivos de investigación empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.6 Unidad de análisis y muestra:

1.8.6.1 Unidad de análisis:

Para justificar la presente unidad de análisis se tiene que tener en consideración que Universo Social, se circunscribe a la dogmática, normatividad, jurisprudencia, es así, que el universo y la muestra se corresponden en forma total. La unidad de análisis como propósito teórico o práctico de estudios en la presente investigación estará conformada por documentales, siendo estos la doctrina, jurisprudencia, normatividad del tema señalado.

1.8.6.2 Muestra

- ⇒ **Tipo de muestra: Muestra no probabilística**, ya que la presente muestra no depende de la probabilidad, sino de las causas relacionadas con las características del abogado-investigador, no se basa en fórmulas de probabilidad, si no depende del proceso de toma de decisiones.
- ⇒ **Marco Muestral:** Normatividad, Doctrina y Jurisprudencia.
- ⇒ **Procedimiento de Selección:** Es Dirigida.
- ⇒ **Tipo de muestra Dirigida:** La muestra dirigida es de sujetos-tipos, ya que se buscó la profundidad y riqueza de la información.
- ⇒ **Técnica muestral:** Técnica intencional: la muestra es escogida.
- ⇒ **Tamaño de la muestra:** no se puede medir al ser cualitativa.
- ⇒ **Unidad de análisis:** Documentos

1.8.7. Técnica de Validación de la Hipótesis

En la presente investigación jurídico en la dimensión teórica, tiene su evaluación mediante la contrastación de las hipótesis planteadas mediante la argumentación

jurídica (o conocida como argumentación jurídica estándar – AJE)¹⁶. Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

Para conseguir este tipo de validez se deben fomentar procesos de cristalización más que de triangulación. Laurel Richardson sugiere que: «la imagen central para «la validez» de los textos postmodernos: «... no es el triángulo, una figura rígida, fijada y en dos dimensiones. Más que ésta figura, la imagen central o la figura central es el cristal, el cual combina la simetría y la sustancia con una infinita variedad de formas, sustancias, transmutaciones, multidimensionalidades, y ángulos de aproximación. Los cristales son prismas que reflejan la parte externa y se refractan sobre ellos mismos, creando diferentes colores, modelos, llevándote por diferentes direcciones y caminos. Lo que nosotros vemos depende de nuestro ángulo de reposo. No es la triangulación sino la cristalización lo que se debe fomentar en los procesos de investigación cualitativa. En la postmodernidad, con textos en donde se mezclan géneros, nosotros nos movemos desde la teoría de la geometría plana a la teoría de la luz, donde la luz puede ser tanto onda como partícula. La cristalización, sin perder la estructura, que construye la idea tradicional de «validez» pues permite mostrar que no existe una verdad singular, la

¹⁶ ATIENZA, M (1997). Derecho y Argumentación. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia. Las Razones del Derecho. México: Ediciones Universidad Autónoma de México, 2003. Argumentación Constitucional Teoría y Práctica. México: Editorial Porrúa, 2011.

cristalización nos proporciona una comprensión de los temas, parcial, dependiente y compleja». ¹⁷

1.8.8. Contexto:

El contexto es el lugar donde se realizó la investigación, que en este caso es la ciudad de Huaraz, pero resulta ser una investigación cualitativa que tiene que ver con apreciación del tema señalado.

¹⁷ Richardson, L. (1997). *Fields of play: Constructing an academic life*. New Brunswick NJ: Rutgers University Press, pp. 125

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1 Antecedentes de la Investigación:

a) Antecedentes Internacionales:

Tesis de Pre-Grado:

Autores: Andrés Mauricio Castillo Lozano y Carlos Guillermo Vila Torres.

Tesis intitulada: Hacia una nueva interpretación del despido sin causa.¹⁸

Año: 2015.

Presentada para: Tesis para optar del título de abogado en la Pontificia Universidad Javeriana – Bogota – Colombia.

Conclusiones de la tesis: Esta investigación concluye que en Colombia según la legislación laboral vigente en el Código Sustantivo del Trabajo, cuando un empleador decide terminar sin justa causa un contrato de trabajo, debe reconocerle al trabajador el pago de una indemnización cuyo monto se encuentra determinado en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. El uso de la tabla indemnizatoria contenida en el artículo 64 CST, le genera seguridad jurídica a las dos partes vinculadas por un contrato de trabajo, en la medida en que permite al empleador tener certeza del valor que le debe cancelar al trabajador, en caso de terminar el contrato de trabajo sin justa causa, y a su vez, le permite al trabajador que es despedido, el reconocimiento de una suma determinada a título de indemnización, cuyo monto según lo han señalado la doctrina y la jurisprudencia

¹⁸ Repositorio de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Disponible en <http://javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-29.pdf>

debe cubrir el lucro cesante y el daño emergente derivados del despido sin justa causa. El desarrollo del presente trabajo pretende demostrar, por qué consideramos que la tabla del Artículo 64 CST no corresponde a una indemnización.

b) Antecedentes Nacionales:

Tesis de Maestría:

Autores: Carlos Ramiro Concha Valencia

Año: 2014

Tesis intitulada: Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el tribunal constitucional.¹⁹

Presentada para: Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa con mención en Gestión Empresarial por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Conclusiones de la tesis: La tesis concluye que la Estabilidad Laboral de los Trabajadores de Confianza, los cuales por su condición especial de acceso a su puesto de trabajo basado en el elemento “confianza”, deben tener al margen del reconocimiento de sus derechos laborales, las condiciones claras para el inicio y término de su vínculo laboral. Como parte fundamental del presente análisis se desarrollará el concepto de estabilidad laboral, principios y clases, así como su regulación en nuestra legislación, siendo importante conocer también los antecedentes a lo largo de la historia, en razón a que dicho concepto ha ido evolucionando y variando en el tiempo. En la misma línea se desarrollará el concepto de trabajador de confianza, cuya definición y derechos se encuentran

¹⁹ Repositorio Digital de Tesis de la Pontificia Universidad la Católica del Perú. Disponible en <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5244>

establecidos en la Ley N° 728, Ley de Fomento del Empleo, donde si bien se establece la forma de acceder a un puesto de confianza, no se regula la forma del término del vínculo laboral teniendo en cuenta el elemento esencial de este tipo de trabajadores, como es la confianza. La polémica de la Estabilidad Laboral de los Trabajadores de Confianza, surge en los últimos años a raíz de los diferentes pronunciamientos que ha realizado el Tribunal Constitucional en sus diferentes sentencias en materia laboral, en las cuales su criterio inicial era que los Trabajadores de Confianza podían ser despedidos por la causal de retiro de la confianza, teniendo solo derecho a indemnización por despido arbitrario, mas no a la reposición, sin embargo con el tiempo dicho criterio ha ido variando en el sentido que el Tribunal consideró que los Trabajadores de Confianza que fueron promovidos a puestos de confianza, al retirárseles la confianza podían regresar a su puesto original, a fin de que no se cometan abusos en los despidos por parte de los empleadores. La hipótesis planteada en el presente trabajo está referida a que, existe un vacío legal en el ordenamiento jurídico laboral en lo que respecta a la forma de terminación del vínculo laboral de los trabajadores de confianza, lo cual ha originado que dicha situación llegue al máximo organismo constitucional, el cual ha ido expresando diferentes criterios de acuerdo a cada caso, poniéndose así en debate la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza.

c) Antecedentes Locales:

Que, de la revisión de las investigaciones locales tanto en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM y de otras universidades no se ha podido ubicar tesis relacionadas con la presente investigación.

2.2 Bases teóricas:

2.2.1 Neoconstitucionalismo:

El denominado neoconstitucionalismo es una corriente u orientación doctrinal de perfiles un tanto difusos, lo que no impide que entre los propios defensores y cultivadores de esos planteamientos se pueda hablar ya de un “canon neoconstitucional”.²⁰ Puesto que en las discusiones entre neoconstitucionalistas y sus críticos uno de los reproches más comunes es el de que se desfiguran los conceptos y las definiciones de unos y otros, me permitiré reproducir aquí la caracterización que del neoconstitucionalismo, con ánimo crítico, he ofrecido y, al menos en parte, desarrollado en otros lugares²¹. Estas son las notas que definirían el modelo pleno o radical del neoconstitucionalismo.²²

La mención, como novedad muy relevante y determinante de una nueva y revolucionaria manera de concebir el sistema jurídico, de la existencia en las constituciones contemporáneas de cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para su efectiva garantía, así como de cláusulas de carácter valorativo cuya estructura y forma de obligar y aplicarse es distinta de las de las “reglas”. Se trataría del componente material-axiológico de las constituciones.

La muy importante presencia de ese tipo de normas, que conforman la constitución material o axiológica, implica que las constituciones tienen su parte central o su pilar básico en un determinado orden de valores, de carácter objetivo.

²⁰ Cfr. MIGUEL CARBONELL, Leonardo (2010). El canon neoconstitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

²¹ Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2008). “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, F. Mantilla Espinosa (ed.), Controversias constitucionales, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, pp. 24 y ss.

²² En consecuencia, podríamos decir que una doctrina merecerá tanto más el nombre de neoconstitucionalista cuanto más se acerque a este modelo, es decir, cuantas más de esas notas definitorias contenga.

Así entendida, la Constitución refleja un orden social necesario, con un grado preestablecido de realización de ese modelo constitucionalmente prefigurado y de los correspondientes derechos.

Ese orden de valores o esa moral constitucional(izada) poseen una fuerza resolutive tal como para contener respuesta cierta o aproximada para cualquier caso en el que se vean implicados derechos, principios o valores constitucionales. Tal respuesta será una única respuesta correcta o parte de las respuestas correctas posibles. La pauta de corrección es una pauta directamente material, sin mediaciones formales ni semánticas.

Esa predeterminación de las respuestas constitucionalmente posibles y correctas lleva a que deba existir un órgano que vele por su efectiva plasmación para cada caso, y tal labor pertenece a los jueces en general y a los tribunales constitucionales en particular, ya sea declarando inconstitucionales normas legisladas, ya sea excepcionando, en nombre de la Constitución y sus valores y derechos, la aplicación de la ley constitucional al caso concreto, o ya sea resolviendo con objetividad y precisión conflictos entre derechos y/o principios constitucionales en el caso concreto.

Puesto que en el orden axiológico de la Constitución quedan predeterminadas las soluciones para todos los casos posibles con relevancia constitucional, el juez que resuelve tales casos no ejerce discrecionalidad ninguna o la ejerce sólo en aquellos casos puntuales en los que, a la luz de las circunstancias del caso y de las normas aplicables, haya un empate entre los derechos y/o principios constitucionales concurrentes.

En consecuencia y dado que las respuestas para esos casos con relevancia constitucional están prefijadas en la parte axiológica de la Constitución, el aplicador judicial de la misma ha de poseer la capacidad y el método adecuado para captar tales soluciones objetivamente impuestas por la Constitución para los casos con relevancia constitucional. Tal método es el de ponderación.

2.2.2 El Despido en el Perú:

2.2.2.1 Definición del Despido:

Para Plá Rodríguez: “Existen, por lo menos, dos significados de la palabra “despido”. Uno de ellos como “toda forma de terminación imputable al empleador”, y el otro, que considera más restringido, como solo la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador debido a la falta grave imputable al trabajador. La primera vendría a ser una concepción amplia y la segunda restrictiva o limitativa”.²³

Así pues, tras haberse reconocido la causalidad como un elemento característico de la noción de “despido”, y haberse expandido el elenco de causas justificatorias del despido más allá del núcleo inicial constituido en torno al incumplimiento contractual o falta disciplinaria del trabajador, la ulterior divergencia entre un sentido “restringido” y un sentido “amplio” del despido se sitúa en el terreno de las “causas” de la extinción, pues mientras para la primera de estas posiciones la figura del despido se agota en la extinción por incumplimiento del trabajador o disciplinario, para la segunda, también debe comprender aquellas otras causas en las que la voluntad del empleador origina la extinción. En gran medida, quienes

²³ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. (1987). Extinción del contrato de trabajo en Uruguay. AELE Editorial, Lima, Perú, p. 100

adscriben al sentido restringido pretenden devaluar la significación de la voluntad del empleador en el acto extintivo, lo que explica el énfasis que ponen en destacar el supuesto carácter “objetivo” que presentan aquellas causas distintas al incumplimiento o falta grave del trabajador.²⁴

Para quienes sostienen esta concepción, el énfasis principal se centra en la exclusión del ámbito del despido de aquellas extinciones basadas en causas económicas o tecnológicas, pretendiendo que en este supuesto se configura la imposibilidad física o legal del cumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador con independencia de la voluntad resolutoria del empresario y de las conductas de este que, de forma mediata, hubieran podido influir en el resultado típico del supuesto, la prestación imposible.

Bajo este planteamiento Cruz²⁵ señala que: La polémica entre los sentidos restringido y amplio del despido se propone, en gran medida, como una divergencia entre el despido “individual” y el despido “colectivo” o, en otros términos, si debe calificarse como “despido” la terminación colectiva de las relaciones laborales basada en causas económicas o tecnológicas u otras semejantes o debe reservarse para este supuesto otra expresión.

2.2.2.2 Causalidad del despido

Para Arce²⁶ advierte que: “Teniéndose en cuenta que el despido será reconocido como tal únicamente cuando el empleador observe la configuración de una causa

²⁴ FRANCO, Homero. (1997). La empresa y el centro de trabajo. En: Instituciones de Derecho de Trabajo y de Seguridad Social, 1er. Edición. Academia Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional Autónoma de México D.F., p. 373

²⁵ CRUZ, Jorge. (2009). Mercado de trabajo y contrato de trabajo. Compendio de Derecho de trabajo 2da. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, pp. 112-113

²⁶ ARCE, Emilio. (2008). Derecho Individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Editorial Palestra, Lima, Perú, p. 112.

justa de despido, siendo de esta manera que en el supuesto que el empleador no cuente con causa fundamentada para el despido de su trabajador, el ordenamiento jurídico peruano reacciona, considerando este despido como ilegítimo o antijurídico, decretando la ineficacia o nulidad del mismo, con lo que se solicita la readmisión del trabajador despedido”.

En el artículo 22 de la LPCL, se señala que, para el despido de un trabajador sujeto al 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”. Del mismo modo, los artículos 23, 24 y 25 enumeran taxativamente las causas justas de despido relacionadas, respectivamente, con la capacidad y la conducta del trabajador.

De lo mencionado previamente se desprende que la LPCL, se mantiene dentro del modelo de protección que hace de la existencia de una causa justa la condición sine qua non para que un despido sea válido jurídicamente.

Como consecuencia de la tendencia generalizada de los ordenamientos laborales a limitar la facultad de despido del empleador como mecanismo de protección del trabajador ante la posibilidad de que esta sea ejercida en forma arbitraria o discrecional; se ha introducido la exigencia de que aquel se base en una causa justa, sin la cual dicho acto extintivo carecerá de validez y eficacia”. Las características señaladas para que se configure el despido, será menester agregar que el despido es “una institución causal”, en cuanto solo se admite como facultad o potestad del empleador en la medida que se configure una “causa justa” que habilite el ejercicio de la misma. Así, frente al despido que no se funde en una causa justa “reacciona entonces el ordenamiento jurídico, no solo teniendo el despido por ilegítimo o

antijurídico, sino extrayendo la consecuencia alternativa propia de la antijuricidad, esto es: - bien privado al acto de su consecuencia normal: decretando la ineficacia o nulidad del despido, con la consiguiente readmisión del trabajador despedido; - bien adicionando al acto consecuencias anormales no queridas por su autor, esto es sanciones, configuradas como indemnizaciones compensatorias o punitivas en favor del trabajador.

Basándonos en ello, resulta necesario poder establecer cuáles serán las causas que pueden justificarlo, midiéndose estos a través de los hechos que al producirse facultan al empleador para extinguir válidamente el contrato de trabajo.

Aplicando las reglas generales sobre los contratos con obligaciones recíprocas al contrato de trabajo, un primer núcleo de las causas de despido se constituye en torno a la idea de la resolución por incumplimiento, en virtud de la cual el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes faculta al empleador a resolver el contrato de trabajo. Respecto a esta misma clase de hechos, pero desde un enfoque jurídico diferente, se ha afirmado que el despido basado en el incumplimiento del trabajador se explica “a través de la técnica del poder disciplinario del empresario” y que constituye “una sanción laboral”, la más grave de las que puede interponer el empresario.

Con ser, quizás la causa más importante y frecuente, no es la única, pues las legislaciones nacionales e, incluso, las normas internacionales de trabajo han realizado una enumeración de las causas justas que comprende diversos supuestos de hecho. Tal es el caso de ordenamientos estatales, tales como: Hay tres clases de motivos en los que pueden encuadrarse las causas justificativas del despido: las

relacionadas con la conducta del trabajador, las relacionadas con la persona de este y, finalmente, las relacionadas con la empresa.

Por lo señalado anteriormente, podemos tener como conclusión que, ante la presencia de una causa justa de despido, es siempre la voluntad del empleador la que será la decisiva para la extinción de la relación laboral, fundamentándose el despido en dicha causa, toda vez que fuera del ámbito de la causalidad, dicha voluntad carecerá de legitimada y eficacia.

2.2.2.3 Clasificación del Despido

En los últimos 20 años la figura del despido ilegal ya no puede ser visto solamente en función de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sino además debemos analizarlo en función de los fallos del Tribunal Constitucional (por ejemplo, el caso Telefónica) y ahora en función del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, que ha modificado totalmente la clasificación de los despidos ilegales en general, y sobre todo la sanción por parte del Estado a los empleadores que actúen en contra de la Ley. Así los plenos han señalado: “Los jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios regulados por la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundados tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo”.

Los jueces de trabajo están facultados para conocer de la pretensión de reposición en caso de despido incausado o despido fraudulento, en el proceso abreviado laboral siempre que sea planteada como pretensión única.

2.2.2.4 Despido Justificado:

Este despido presenta mayor relevancia por su frecuencia y las controversias que regularmente origina entre el empleador y el trabajador, toda vez que el fundamento es la falta disciplinaria del trabajador. Dentro de esta clasificación tenemos dos causas:

a. Las relativas a la capacidad del trabajador

Detrimento de facultades o ineptitud sobrevenida

Rendimiento deficiente

La negativa injustificada del trabajador a someterse al examen médico o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas.

b. Las relativas a la conducta del trabajador: despido disciplinario.

Respecto a esta última causa de despido (relacionadas a la conducta del trabajador), es que se vuelve importante profundizar acerca de la naturaleza y contenido de esta causa justa.

Este despido, por ser fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad y tramitado según el procedimiento del artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no da lugar a indemnización alguna (artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

La sentencia que declara justificado el despido supone la convalidación de la extinción del contrato de trabajo, que se entiende producida desde la fecha en que se produjo el despido.

El trabajador podrá cobrar todos los adeudos laborales generados durante la existencia del vínculo laboral. Por ejemplo, remuneraciones no pagadas o beneficios sociales no pagados, siempre que no hayan prescrito.

Finalmente, en el supuesto que el trabajador haya sido despedido de modo justificado por la comisión de una falta grave que cause perjuicio al empleador o el incumplimiento de normas o contratos, el propio empleador puede interponer posteriormente una demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el extrabajador.

2.2.3 La Actuación Material en la Administración Pública:

2.2.3.1 Definición:

La norma establece que también son susceptibles de impugnación las llamadas actuaciones materiales, que constituyen comportamientos y actividades reales de la Administración, que no se configuran en instrumentos legales. A esto último, buena parte de la doctrina lo denomina hecho de la administración, para diferenciarlo del simple acto o del acto administrativo propiamente dicho, lo cual no es óbice para considerar que dicho acto se da en cumplimiento de la función administrativa de la entidad.²⁷

²⁷ Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2012). Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso Administrativo peruano. En: Revista Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nro. 11.

2.2.3.2 Clasificación de los actos materiales:

a) Las actuaciones materiales que no se sustentan en actos administrativos:

Ahora bien, la norma distingue dos supuestos, la actuación material que no se sustenta en un acto administrativo y aquella que al ejecutar el acto trasgrede el ordenamiento jurídico. El primer caso parece evidente, pero no es así. La forma como la norma está redactada podría hacernos pensar que todo acto administrativo que no se sustenta en un acto administrativo es ilegal, lo cual no es cierto puesto que existen comportamientos materiales que se encuentran sustentados en otras actuaciones administrativas, o en normas en general. En este orden de ideas, todo comportamiento material que carece de sustento vulnera el ordenamiento, siendo susceptible de impugnación a través del Proceso Contencioso Administrativo.²⁸

b) Los actos de ejecución que vulneran el ordenamiento:

Por otro lado, es evidente que puede impugnarse los actos de ejecución que vulneran el ordenamiento. Sin embargo, acá existe una controversia que debemos dilucidar respecto al mecanismo de impugnación establecido en la Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, que es la revisión judicial del procedimiento. Este consiste en la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para su iniciación y trámite y se sustancia ante la Corte Superior. La propia norma establece que el proceso de revisión judicial será tramitado mediante el Proceso Contencioso Administrativo de acuerdo al proceso sumarísimo previsto en el artículo 24° de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en la

²⁸ Idem.

norma. Pero dicho proceso ha sido reemplazado por el proceso urgente, el cual no se tramita ante la Corte Superior y tiene un trámite eminentemente más sencillo.²⁹

2.2.4 La Tutela procesal diferenciada:

2.2.4.1 Consideraciones Generales:

El Estado como ente privilegiado y excluyente para el otorgamiento de tutela jurisdiccional a través de sus Jueces, cada vez soporta más el embate de la complejidad de los conflictos intersubjetivos que derivan del sustrato social, para el otorgamiento de esta tutela jurídica se vale siempre del proceso. Sin embargo, asistimos hoy a una realidad donde el fenómeno social ha superado los instrumentos procesales que utiliza el Estado para otorgar tutela de manera eficaz, adecuada y oportuna.

Esta visión problemática de la falta de mecanismos adecuados para solucionar situaciones nuevas que exigen atención rápida y prioritaria han generado preocupación en la doctrina y jurisprudencia para proponer nuevas herramientas procesales que hagan eficiente el servicio de justicia, ante el pedido de tutela jurisdiccional por situaciones que exigen también una solución eficaz y sin dilaciones. Acorde con estas circunstancias la doctrina, la jurisprudencia y el complejo proceso de reformas legislativas han apuntado siempre a proporcionar instrumentos procesales adecuados, de ahí la preocupación de proponer la vigencia de la tutela urgente cautelar, la tutela anticipada, el mandato o tutela preventiva, las

²⁹ Idem.

medidas conminatorias, las medidas cautelares innovativas, la ejecución anticipada de la sentencia apelada,³⁰ y entre otras, la tutela urgente satisfactiva.

Podríamos mencionar sin agotar una larga lista algunos fenómenos actuales que buscan una respuesta adecuada en la vía jurisdiccional y que tratan de encontrar respuesta acorde a la exigencia de tutela; aquí ubicaremos como aspecto fundamental el avance de la publicitación del derecho privado, la persona humana y la reivindicación de su protección integral desde la óptica individual, social y familiar, la protección de los intereses difusos y colectivos, la importancia y relieve del derecho de daños (sistema de unificación del daño contractual y extracontractual; y la reparación integral y total del daño), los derechos del consumidor, la protección legal en las relaciones individuales y colectivas de trabajo, la complejidad de los conflictos en el derecho de familia, la protección de derechos en materia previsional, etc.

La respuesta a estos fenómenos generados por la posmodernidad ha tenido una repercusión en el derecho procesal, la ciencia del proceso se encuentra en el camino a una atención inmediata ante este avance del fenómeno social, de ahí que ahora se venga difundiendo el tema de la tutela diferenciada.

Bajo este panorama el juicio ordinario (de trámite necesariamente lato o de conocimiento pleno) basado en la seguridad jurídica, pero con un tiempo de duración extensa para la toma de decisión y el otorgamiento de tutela fue rebasado por la realidad. El tiempo en el proceso como fenómeno necesario para hacer realidad el principio de bilateralidad y emitir una decisión bajo un manto de certeza

³⁰ Derecho comparado: Artículos 524 a 527 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, aprobada mediante Ley No.1/2000 vigente desde el mes de enero de 2001, ver Artículo 282 del Código de Italia, Artículo 514 al 526 del Código de Francia.

(necesario en el juicio ordinario) no permite al órgano jurisdiccional otorgar tutela a través de mecanismos o instrumentos más expeditivos.

La forma de otorgar tutela de manera convencional ante la exigencia de los particulares, en el caso de un conflicto de intereses, es atendida normalmente a través de la tutela ordinaria, como lo sostiene Monroy quien viene impulsado el tema de la tutela diferenciada en nuestro País «en estricto cumplimiento de su rol de asegurador del sistema, convirtió al proceso ordinario o de cognición plena en el proceso. Así este pasó a convertirse en el único medio a través del cual los justiciables pueden obtener satisfacción en su relación con la jurisdicción estatal».³¹ Cabe resaltar que, para el otorgamiento de la tutela diferenciada, es necesario entender al proceso como un mecanismo dinámico y moderno para lograr dicho propósito, el proceso debe ponerse a la altura de la circunstancias, es decir por un lado, compartir la tarea de resolver conflictos que necesitan el transcurso del tiempo para lograr certeza en el juzgador (tutela ordinaria) y asimismo, abrir la vertiente para otorgar tutela de manera rápida y satisfactoria al justiciable, sin la necesidad de un amplio debate, más bien de una decisión pronta, pues la situación y los derechos materiales puestos en juego así lo ameritan (tutela diferenciada). De esto se desprende la idea, de que el proceso sólo será un instrumento útil para una sociedad, si sirve para otorgar tutela en situaciones en las que se afecten los derechos de aquellos que la conforman, sino cumple este propósito no se justifica su existencia, pues debemos recordar que el proceso no es un fin en si mismo, sino que sirve de instrumento para dar satisfacción a aquellos titulares de derechos, que

³¹ MONROY GÁLVEZ, Juan (2000). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. apuntes iniciales. material de trabajo del seminario de temas procesales realizado por Ius et Veritas el 28 de mayo al 02 de junio de 2000 en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

en determinadas circunstancias se ven afectados, instrumento (proceso), que además resulta importante para la actividad jurisdiccional, pues es el mecanismo privilegiado que tiene el Estado para ejercer la función jurisdiccional encomendada por la Constitución (otorgar tutela efectiva), con lo que se descarta que sea el proceso un simple instrumento, sino más bien es uno que propicia la paz social.

Por ello es que compartimos la idea del Profesor Priori que señala que el proceso debe ser un medio que sirva para que la sociedad sea cada vez mejor, y no uno que sirva para ayudar a que seamos una cada vez más injusta y peor sociedad. Es el proceso el que debe adaptarse a la sociedad y no la sociedad al proceso. Por ello debe reivindicarse el hecho que el proceso está al servicio de los hombres y de la satisfacción de sus necesidades, y no al revés.³²

2.2.4.2 Sobre la tutela diferenciada:

Son procedimientos estructurados a partir de peculiaridades de ciertas categorías de situaciones sustanciales de naturaleza plenaria o sumaria que se presenta como una de las vertientes para sintonizar la justicia civil con las garantías procesales.³³

El proceso judicial sirve para reducir la complejidad de la causa, permitiendo la participación de los litigantes en el debate del procedimiento y de esta manera funcionando como importante mecanismo de legitimación del ejercicio jurisdiccional. No es al azar que los legisladores modernos estén cada vez más preocupados en crear procedimientos diferenciados, adaptados a la más adecuada, eficaz y rápida tutela de los derechos materiales. En ese orden de cosas, los

³² PRIORI POSADA, Giovanni (2001). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. En: *Ius et veritas*, Año XIII No. 26, Pág. 273 a 292.

³³ LEITE, Gisele (2002). *Apreciación sobre la acción monitoria*. www.mundojuridico.adu.br. También en *Génesis Revista de Direito Civil*. Curitiba (24): 281-9, enero – marzo.

procedimientos pueden ser comparados con las medicinas: para cada enfermedad una medicina apropiada existe para curar el problema de salud, una pastilla sola que soluciona todos los dolores no existe, del mismo modo, para cada causa, es posible vislumbrar un mecanismo más eficiente para la solución de controversias jurisdiccionales.

La tutela jurisdiccional diferenciada es un factor decisivo para la efectividad de la prestación jurisdiccional (proceso). Se trata aquí de adaptar la propia prestación jurisdiccional a sus instrumentos, al objetivo deseado, como esta varía en cada situación presentada al órgano jurisdiccional, no se justifica mantenerla inalterable e inflexible.³⁴

Pérez Ragone³⁵ entiende el término «tutela» no como un complejo institucional o de difícil comprensión, sencillo, en su prístino significado: protección, resguardo, defensa, entiéndase por tal como todos los medios, facultades, haz de herramientas que el derecho brinda para asegurar y posibilitar su eficacia, este haz puede tener un origen inmediato en la ley. Señala asimismo que resulta reiterado el sentido y finalidad en toda la elaboración de lo necesario para resguardar con efectividad el derecho material. Pérez inclusive propone una clasificación de tutela: a) la auto tutela y b) heterotutela (de acuerdo a si la efectivización del derecho la hace el sujeto por si y ante si o si por el contrario, recurre a las instituciones del Estado). De este última distingue a b.1) vías ordinarias y b.2) vías diferenciadas. En el caso de éstas últimas según se verifique o no estos aspectos corresponden a una y otra, uno negativo y otro positivo: el positivo tiene calidades de diferenciación en los

³⁴ CARVALHO, Rodrigo. (2015). Tutela Jurisdiccional Diferenciada como medio eficaz de adaptación de prestación jurisdiccional. Extraído de Internet en www.neofito.com.br.

³⁵ PÉREZ RAGONE, Alvaro (2001). Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria. Revista Peruana de Derecho Procesal IV. Lima, Estudio Monroy Abogados, diciembre.

elementos subjetivos de legitimación (ejemplo: Interés difuso) u objetivos de materia (medida anticipatoria) o de resultado o de alcance (alcance erga omnes de la cosa juzgada), agrega que habrá diferenciación o calificación por alguna de las tres esferas descriptas; el negativo según que entren o no en el proceso ritual tradicional de conocimiento. Entiéndase si se verifican alguno de los datos negativos y el positivo de calificación nos encontramos frente a una «tutela diferenciada». Esta se distingue a criterio de Pérez en a) tutelas de urgencia (acicate temporal o sucedáneo: amparo, cautelar, anticipatoria, autosatisfactiva), b) tutelas conminatorias (acicate a reticencia injustificada: astrientes, conminaciones no pecuniarias, «contemp of Court» o desobediencia judicial), y tutelas de realización: monitorio, injunctions³⁶, podría caber la autosatisfactiva, «secundum eventum probationis». Concluye que la tutela de urgencia no es sino especies de las llamadas «tutelas diferenciadas».

En un trabajo anterior³⁷ compartimos los apuntes iniciales de Monroy sobre la tutela diferenciada, quien enseña que, precisamente una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de tutela ordinaria así como manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su comportamiento con hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas más expeditivas, es cuando aparece la

³⁶ HERRERO, Luis René (2013). El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal. Ponencia general al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Paraná, 12 al 14 de junio de 2003). Extraído de Internet www.patagonicolegal.com.ar.

³⁷ HURTADO REYES, Martín (2000). Embargo en inmueble registrados y no registrados. Lima, Editorial Librería y Ediciones Jurídicas, pp. 18 y 19.

llamada tutela diferenciada. A criterio del jurista Monroy forma parte de la tutela diferenciada: la tutela diferenciada preventiva, la tutela inhibitoria, la tutela urgente cautelar y tutela urgente satisfactiva, aunque también la integran la tutela anticipatorio, la sentencia impugnada y otros (como veremos más adelante).

En cuanto la tutela diferenciada preventiva³⁸ es señalada como aquel tipo de actividad jurisdiccional que tiene por finalidad específica eliminar las incertidumbres jurídicas u obtener sentencias condenatorias de hacer o de no hacer no susceptibles de ser satisfechas por reparación patrimonial, es decir de prestaciones fungibles. La primera hipótesis – referida a la finalidad de eliminar la incertidumbre jurídica – no se enmarca necesariamente en el ámbito contemporáneo de la tutela diferenciada, en tanto tiene manifestaciones a través de instituciones de inicio de un proceso de naturaleza abiertamente contencioso, empezando otro en donde, sin perjuicio de que también se presente conflicto, éste se deslice por el ámbito de la determinación de la existencia jurídica del derecho a su contenido; la segunda, referida a la forma de tutela específica emanadas de la sentencia que contienen una obligación de hacer o de no hacer de naturaleza infungible, recibe el nombre de tutela inhibitoria³⁹ (definida con la prestación jurisdiccional de naturaleza específica, destinada a impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, por medio de un mandato judicial irremplazable de hacer o de no hacer, según sea la conducta comisiva u omisiva). En sede nacional la tutela inhibitoria concedida como una forma contemporánea de prevenir lo ilícito, no está regulada, las normas del Código Procesal Civil referidas a las obligaciones de hacer o de no

³⁸ Cfr. CALAMANDREI, Piero (1945). Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares⁷. Bs.As, Editorial Bibliográfica Argentina.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme (2001). Tutela Anticipatoria. En: Revista Peruana de Derecho Procesal IV, Lima, Estudio Monroy Abogados, diciembre.

hacer conservan el esquema clásico de la sustitución reparadora. Sin embargo, consideramos que la situación descrita no obsta en absoluto para que, siguiendo la ruta del uso del tópico constitucional, se considere procedente su pedido. En este caso Monroy se refiere al Artículo III del Título Preliminar del Código Adjetivo con el cual se permite la incorporación, a la actividad jurisdiccional de aspectos de la doctrina y la jurisprudencia procesales cuando la norma nacional presente un vacío, como en el caso de la tutela inhibitoria. En cuanto a la tutela urgente⁴⁰ tiene por objetivo neutralizar o eliminar la frustración que puede producir el peligro en la demora durante la secuela del proceso. A este efecto la referida tutela se puede clasificar en: a) tutela de urgencia cautelar; y b) tutela de urgencia satisfactiva.

Obando Blanco precisa sobre la tutela diferenciada «la doctrina procesal contemporánea con visión de futuro postula la regulación legislativa de nuevas formas de tutela jurisdiccional que han dado en llamarse «diferenciada» de la tutela ordinaria que se encuentra regulada por los ordenamientos procesales. Hay que empezar a pensar en un tipo de proceso que mire los derechos materiales».⁴¹ Sergio Souza⁴² respecto del vocablo tutela jurisdiccional diferenciada expresa que es tutela jurisdiccional porque es una actividad de cognición que un órgano jurisdiccional hace ante un caso concreto, produciendo efectos en el mundo real y es diferenciada porque posee características propias a ella, con las que trata de llegar a los objetivos para la cual fue instituida; explica adicionalmente lo que caracteriza

⁴⁰ DE LOS SANTOS, Mabel (2011). Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia. En: Revista Peruana de Derecho Procesal IV, Lima, Estudio Monroy Abogados, diciembre.

⁴¹ OBANDO BLANCO, Víctor Roberto (2001). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia. Lima, Editorial Palestra. pp. 80-81.

⁴² Cfr. SOUZA XAVIER, Sergio (2010). Consideraciones sobre la tutela jurisdiccional diferenciada. Extraído de Internet en www.jus.com.br.

a la tutela jurisdiccional como diferenciada, indicando que demostrado quedó la ineficacia de las formas tradicionales de prestación de tutela jurisdiccional y la necesidad cada vez más urgente, de medios que posibiliten la concesión de providencias jurisdiccionales que puedan unir la efectividad y la celeridad, sin violar principios o derechos, sean constitucionales o legales, nace la tutela jurisdiccional diferenciada. Esta consiste en mecanismos de los cuales el Poder Judicial dispone para solucionar o proteger la solución de cuestiones que están en situaciones de emergencia o urgencia, bien como de aquellas que, por su naturaleza, demandan mayor celeridad en su concesión. La tutela jurisdiccional diferenciada trata de integrar el derecho material con el derecho procesal, garantizando a cada especie, de acuerdo con la necesidad y en la medida de lo posible, una mayor eficacia, a través de la adaptación entre estos. La finalidad de las tutelas diferenciadas es adecuar al sistema jurídico, de modo a proporcionar mayor rapidez, adecuación y eficacia a los derechos carentes de mayor celeridad en su prestación, con el que las formas tradicionales no han conseguido garantizar la tutela jurisdiccional de forma apropiada.

Desde ya podemos afirmar que la tutela diferenciada⁴³ e el instrumento de respuesta rápida a la exigencia de tutela que no puede ser resuelta de forma adecuada, oportuna y eficiente por el órgano jurisdiccional utilizando la tutela ordinaria (proceso de cognición plena), pues de someter estos conflictos a la clásica tutela, puede producir que el interés o derecho que se pretende proteger o hacer

⁴³ MONROY GÁLVEZ, Juan. (2001). La actuación de la sentencia impugnada. En Themis, Revista de Derecho, Segunda Época /No. 43.

efectivo se perjudique de forma inexorable, tanto más si el factor tiempo⁴⁴ en la tutela ordinaria es necesario para lograr una decisión judicial con certeza, sin embargo, en la tutela urgente es nocivo y perjudicial para la parte que requirió de tutela. Marinoni precisa que es posible distribuir el tiempo en el proceso a través de procedimientos especiales – las llamadas tutelas jurisdiccionales diferenciadas – elaborados a partir de las técnicas del conocimiento.

Como podemos apreciar la tutela jurisdiccional diferenciada tiene como elemento principal al órgano jurisdiccional (teniendo el rol protagónico, el juez), pues es netamente actividad jurisdiccional, como cualquier otra que realiza el magistrado en el día a día, la cual como sabemos se encuentra reservada concretamente al Estado y sin posibilidad de ser sustituida. Ahora, bien podemos decir que la Doctrina ha preferido denominarla diferenciada, pues tiene sustanciales diferencias con la tutela clásica que se otorga a través del órgano jurisdiccional, pues el objetivo de ésta es otorgar tutela jurisdiccional a problemas que requieren de una atención urgente, prioritaria, célere y capaz de producir satisfacción inmediata a quien la postula.

La tutela jurisdiccional diferenciada, se constituye hoy en día en un fenómeno novedoso y actual del Derecho Procesal que postula la configuración de una serie de mecanismos de otorgamiento de tutela jurisdiccional para situaciones que requieren una atención rápida, pues se encuentra en juego la posibilidad de verse afectados derechos materiales o de convertir en irreparable la situación que se pretende cautelar, sino se atiende de manera totalmente urgente. La tutela

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme (2011). Necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso. ponencia presentada en el XXI Congreso de Derecho Procesal celebrado en San Juan, Argentina los días 13 a 16 de Junio.

diferenciada, se presenta como una respuesta del Derecho Procesal a las nuevas situaciones complejas que se generan en la vida de relación del hombre, tomando en cuenta que la tutela ordinaria (proceso de cognición) no admite la posibilidad de una respuesta inmediata, sino más diferible en el tiempo.

Esto revela que el Derecho Procesal evoluciona y desarrolla una natural preocupación social (por el enmarañado y complejo mundo de las relaciones sociales del hombre moderno), pretende estar al servicio del hombre y presente para la solución de sus conflictos, tomando en cuenta que el proceso siempre será el mecanismo civilizado que utilizará el hombre para definir sus diferencias, teniendo siempre a un sujeto que decide los mismos, que es el tercero imparcial (juez).

La dación de estos mecanismos adecuados para la solución de conflictos como se verá, no hace sucumbir las garantías del debido proceso, ellas se respetan, aunque la tutela diferenciada permite en situaciones concretas, que éstas sufran algunas variantes (sin desnaturalizarla ni extinguirla, como por ejemplo en la tutela urgente satisfactoria), pero que igual no afectan las garantías mínimas de las partes.

2.3 Definición de términos:

Despido⁴⁵: En sentido amplio una forma de terminación imputable al empleador. En sentido restringido, como solo la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador debido a la falta grave imputable al trabajador.

⁴⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. (1987). Extinción del contrato de trabajo en Uruguay. AELE Editorial, Lima, Perú, p. 100

Actos materiales⁴⁶: La norma establece que también son susceptibles de impugnación las llamadas actuaciones materiales, que constituyen comportamientos y actividades reales de la Administración, que no se configuran en instrumentos legales. A esto último, buena parte de la doctrina lo denomina hecho de la administración, para diferenciarlo del simple acto o del acto administrativo propiamente dicho, lo cual no es óbice para considerar que dicho acto se da en cumplimiento de la función administrativa de la entidad.

Tutela diferencia⁴⁷: La locución tutela jurisdiccional para indicar a la reunión de varios procedimientos estructurados a partir de peculiaridades de ciertas categorías de situaciones sustanciales de naturaleza plenaria o sumaria (cautelar o sumaria) que se presenta como una de las vertientes para sintonizar la justicia civil con las garantías procesales.

⁴⁶ Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2012). Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso Administrativo peruano. En: Revista Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nro. 11

⁴⁷ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. (2001). La actuación de la sentencia impugnada. En Themis, Revista de Derecho, Segunda Época/No. 43.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios:

3.1.1 El neoconstitucionalismo en el Perú:

El neoconstitucionalismo es un nuevo paradigma en el derecho, que puede entenderse ya como una ideología jurídica de finales del siglo XX y principios del XXI; así también se presenta como una verdadera promesa para la teoría del derecho. Es, sin duda, la revolución teórica y práctica más importante que vive el derecho continental europeo, en aras de reelaborar su concepción de ley y de derecho, dejando atrás meras elaboraciones de códigos o leyes, y basándose más bien en acuerdos y sentencias de los tribunales que construyen un derecho sobre la base de los textos de estos acuerdos y de la integración de diversos sistemas jurídicos. Las decisiones ya no están más en manos de legisladores, sino de jueces. Por otro lado, esta nueva visión puede ser entendida como un acercamiento de la ideología jurídica continental hacia la perspectiva pragmática y menos principista del derecho norteamericano.⁴⁸

Este planteamiento exige la efectivización de la Constitución, así como la superación del positivismo jurídico y del formalismo procesal; en países de una modernidad tardía, era urgente el despertar del sueño dogmático, así pues, el neoconstitucionalismo aporta una nueva metodología jurídica a partir de las bases constitucionales, otorgando nuevas ideas que permiten revisar posiciones

⁴⁸ Según Pedro GRÁNDEZ CASTRO en la presentación de la obra de PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). Serie Derechos y Garantías: *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Editorial PALESTRA EDITORES, Lima, p. 11-12.

tradicionales, incapaces de transformar la realidad por la vía jurídica.⁴⁹ Por ello, debido a su gran importancia para el mundo jurídico y para las sociedades contemporáneas en general, el objetivo del presente artículo es dar a conocer los alcances e implicancias del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma en el derecho.

3.1.1.1 Diferentes acepciones de neoconstitucionalismo

Como afirma Luis Prieto Sanchís, el neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o simplemente constitucionalismo; es una expresión jurídica que sirve para aludir a distintos aspectos de una nueva cultura jurídica, los mismos que pueden ser compartidos al mismo tiempo por la gran mayoría de teóricos y filósofos del derecho de la actualidad.⁵⁰

El neoconstitucionalismo como *ideología* puede identificarse como aquella filosofía política que considera que el Estado constitucional de derecho representa la mejor o más justa forma de organización política, que hace frente a la objeción democrática o de supremacía del legislador; es decir, a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de

⁴⁹ CAMBI, Eduardo (2011). *“Neoconstitucionalismo e Neoprocesualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário”*. 2º Edición. Sao Paulo, Editoria Revista dos Tribunais Ltda, p. 21.

⁵⁰ Hasta cuatro concepciones han sido atribuidas a este término: *“En primer lugar, El constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de derecho, designando por el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho, más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Asimismo, por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica que defiende la fórmula así designada. Finalmente, el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato pudiéramos llamar de filosofía, jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodologías sobre la definición del Derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista”*; conforme refiere Luis Prieto Sanchis, citado por CASTILLO CORDOVA, Luis (2008): *“El precedente judicial y el precedente constitucional”*. Ara Editores. Lima, p.176.

las mayorías parlamentarias, siendo esta una de las consecuencias de la ponderación judicial.

Como tipo de Estado de derecho, el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales, la tradición norteamericana originaria y la tradición de la Revolución francesa.

La primera concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, cuya contribución básica es la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional, dado su carácter de regla de juego. La Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al poder judicial, por considerarlo al margen del debate político. Es así como el constitucionalismo se configura como un judicialismo estrictamente dirigido a vigilar el respeto hacia las reglas básicas de la organización política.

La segunda concibe a la Constitución como la encarnación de un proyecto político bien articulado, pretendiendo participar directamente; y condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc.

El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una colectiva desconfianza ante el legislador. De la segunda tradición se recoge una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.

Debe referirse que, en el neoconstitucionalismo, la ley deja de ser la única, suprema y racional fuente del derecho que pretendió ser en otra época, y tal vez este sea el síntoma más visible de la crisis de una teoría del derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y la legalidad del derecho. Es así como el constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos más sobresalientes son: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.⁵¹

3.1.1.2 El tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho:

La existencia de una jurisdicción constitucional, dentro de un sistema jurídico-político, significa la culminación del proceso de desarrollo del Estado de derecho; es decir, la transformación del Estado legal de derecho en Estado constitucional de derecho.

El primero se caracteriza por el principio de legalidad, es decir, por la afirmación de la primacía de la ley sobre los restantes actos del Estado hecha efectiva por el funcionamiento de unos tribunales destinados a garantizar la legalidad de la acción de la administración estatal. El segundo se caracteriza por el principio de

⁵¹ CARBONELL, Miguel (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta S.A., Madrid, pp. 123-127 y pp. 131-132.

constitucionalidad, es decir, por la primacía de la Constitución sobre la ley y por el funcionamiento de una jurisdicción que entienda de la constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley.

El Estado Constitucional de derecho mantiene el principio de legalidad pero subordina sus formas concretas de manifestarse al principio de la constitucionalidad; es decir, el Estado constitucional de derecho no anula, sino que perfecciona al Estado legal de derecho.⁵²

3.1.1.3. Manifestaciones del neoconstitucionalismo

Se presenta como una nueva forma de interpretación y de aplicación del derecho, dilucidando una nueva comprensión del derecho, como se puede percibir a partir del análisis de sus características⁵³:

3.1.1.3.1. Superación del legalismo. La norma jurídica no se confunde con el texto de la ley, al contrario de lo que se propugnaba en la escuela de la exégesis, en que el derecho se apoyaba solamente en la disposición legal; dependiendo apenas del auxilio de un proceso puramente lógico, recurriendo a la interpretación de la subsunción como medio para la obtención de la conclusión silogística. Ocupando las constituciones modernas el lugar de los códigos para progresivamente superar la identificación plena del derecho como la ley (legalismo), fruto de una concepción liberal.

3.1.1.3.2. Constitución, normatividad, valores y sistema jurídico ideal. Las constituciones actuales no apenas constituyen límites para el legislador, siendo los

⁵² GARCÍA PELAYO, Manuel (2007). *Estado legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional*. España, ILANUD, año 9-10, Nos. 23-24, p. 8.

⁵³ CAMBI, Eduardo (2008). “*Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*”. Op. Cit. p. 80.

principios reconocidos como pilares axiológicos del sistema jurídico y, consecuentemente, poseen fuerza normativa inmediata. No ejercen apenas la función secundaria de ocuparse de las lagunas en la ley. Se limitan a las fuentes primarias del derecho, subyacentes a las reglas, expresándose jurídicamente los valores y los fines de una sociedad. Concibiéndose a la Constitución no como un conjunto cerrado y estático de normas jurídicas, pero tampoco como un proceso público abierto y evolutivo.

El neoconstitucionalismo reclama una nueva teoría de la norma, que posibilite la conjugación de reglas y de principios, erigiéndose como una nueva teoría de la interpretación jurídica que no sea ni puramente mecanicista, ni tampoco absolutamente discrecional, en que los riesgos que comporta la exégesis de la Constitución sean soportados por un esquema plausible de argumentación jurídica. Tal apertura del sistema constitucional, provocada por los valores y principios jurídicos, exige un nuevo raciocinio jurídico, de mayor justificación, no siendo suficiente argumentar con la autoridad del órgano que emana la regla ni con la observancia formal del procedimiento legal.

3.1.1.3.3. Diferencia entre reglas y principios. Las reglas no se agotan en sí mismas, no teniendo ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Esto es, proporcionan el criterio de las acciones, señalando cómo se debe o no se debe hacer, pudiendo ser aplicadas solamente dentro de situaciones concretas.

A diferencia de los principios que no poseen soporte fáctico, las reglas tienen apenas un significado operativo frente a determinado caso concreto, vale decir, no pueden ser concebidos en abstracto y su alcance solamente puede ser entendido en razón

de los casos concretos. Por eso, poseen una autónoma razón frente a la realidad, que los coloca delante de los principios, adquiriendo calidades jurídicas propias.

En las antípodas de las reglas, cuya aplicación condiciona el encuadramiento del caso concreto al soporte fáctico normativo en ellas previsto; los principios son mandamientos (o comandos) de optimización. Jamás pueden ser realizados completamente y además, pueden ser concretizados de modos diferentes, dependiendo de las diferentes acciones concretas que sean adoptadas.

En otras palabras, los principios son constituidos por un conjunto abierto de conductas, teniendo un componente representacional altamente complejo. No prevén directamente la conducta a ser seguida, establecimiento apenas fines normativos relevantes. Contiene comandos de *prima face*, porque a la esfera de aplicabilidad de los principios es relativamente indeterminada. Un derecho, jurídica y estructuralmente, considerado *prima facie* no puede ser considerado como definitivo, puesto que su contenido solamente se revelará después de la ponderación o el balanceamiento, exigidos por la protección de otros bienes con el coincidentes, momento en que, por las circunstancias concretas se atribuyen los pesos a cada uno de los derechos contrapuestos.

3.1.1.3.4. Apartamiento de silogismo judicial. El problema de la justificación de las decisiones judiciales no se resume en la aplicación lógica de las normas abstractamente formuladas, puesto que la lógica deductiva solamente ofrece criterios de corrección formales, no preocupándose por el contenido de las normas jurídicas y el resultado de su aplicación social.

Del punto de vista exclusivamente lógico, partiéndose de las premisas falsas y posiblemente llegando a los argumentos correctos. Las cuestiones materiales no son

satisfechas por el silogismo jurídico, porque el lenguaje del derecho es impreciso, pudiendo haber conflictos entre las normas, en el caso en que la norma a ser aplicada no sea válida por contravenir la Constitución o aún no existir ninguna norma susceptible de aplicación en el caso concreto. Por ello, no puede reducirse una sentencia a un mero silogismo jurídico, al no ser un producto mecánico resultante de actos previos puramente lógicos.

3.1.1.3.5. La importancia de los precedentes jurisprudenciales. El precedente adquiere un mayor valor con el paso del tiempo, con el crecimiento de varios casos juzgados sobre el mismo tema, lo que se traduce en la formación de la jurisprudencia consolidada. Sucesivas decisiones, en el mismo sentido, fortalecen la jurisprudencia. Siendo que la interpretación viva de la Constitución exige preservar la permanente tensión entre la búsqueda de la seguridad jurídica que requiere la observancia de los precedentes por los jueces y la realización de la justicia material del caso concreto, apelando a la capacidad de los jueces para actualizar las normas a las situaciones nuevas, tarea que es asumida en nuestro país por parte del Tribunal Constitucional identificada con el activismo de la corte norteamericana.

3.1.1.4. Manifestaciones del tránsito de la legalidad a la constitucionalidad a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se expresa e interviene en la realidad nacional mediante sus sentencias, y estas tienen el propósito de ser el control de constitucionalidad de las leyes y ser la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales. Son, como expresa el propio fuero, “[...] en buena cuenta, constitución viviente de la sociedad

plural”.⁵⁴ En efecto, la norma fundamental no sólo actúa como paradigma normativo del ordenamiento jurídico interno, sino que también tiene acción directa sobre la sociedad por medio de sentencias protectoras de derechos y del control constitucional, las cuales, además de resolver controversias, van modernizando el contenido material de lo escrito por medio de la argumentación jurídica interpretativa.⁵⁵

A continuación, veamos como el Tribunal Constitucional se manifiesta a través de su jurisprudencia con respecto al tránsito de la legalidad a la constitucionalidad:

3.1.1.4.1. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0489-2006-PHC/TC (Caso Rafael Cáceres Neyra y otros), se manifiesta con respecto a los límites materiales al legislador, de la siguiente manera:

«[...] 24. Los límites que caracterizan al órgano reformador pueden ser formales y materiales, siendo los límites formales aquellos referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. A su vez, los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución; con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedimental, sino algo mucho más trascendente: la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma. Y es que aunque toda Constitución se caracteriza por ser un

⁵⁴ STC N° 0048-2004-PI/TC

⁵⁵ Según Luis Andrés ROEL ALVA, citado por ALVA ORLANDINI (2011), Javier. *Estado Constitucional*. 1° edición, Editorial ADRUS, Lima, p. 91.

cuerpo normativo integral donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de los valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido. [Cfr. 014-2002-AI/TC].

25. Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser modificados por la obra del poder reformador de la Constitución. En consecuencia, la reforma que no observe dichos límites, o simplemente los ignore, resultará ilegítima en términos constitucionales».

3.1.1.42. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 047-2004-AI/TC (Caso José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín), se manifiesta con respecto a la Constitución normativa o la supremacía de la Constitución Jurídica, de la siguiente manera:

«[...] 2.1.1.1 La Constitución como norma jurídica

La Constitución, en la medida que contiene normas jurídicas, es fuente del derecho.

Como bien expone Francisco Balaguer Callejón, la Constitución contiene normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas.

La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal.

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. Si bien este Colegiado le ha reconocido la Constitución el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante. Así, en el Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N° 0014-2003-AI/TC, afirmó que:

(...) la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorrepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. –en buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.

En igual sentido, en otro caso sostuvo que:

(La) Constitución Política de la República del Perú”. Toda ella posee fuerza normativa (...)

Con relación a la fuerza normativa y al contenido de la Constitución, se precisó que:

La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y “lo constitucional” derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer..., donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución.

Pero el Tribunal Constitucional no sólo se ha referido a la Constitución como norma jurídica, sino que recientemente lo ha hecho desde una perspectiva objetivo-estructural y subjetivo institucional. Así:

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo- institucional (artículo 38° y 45°). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones

del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).

En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículos 38º, 45º y 51º-, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla».

3.1.143. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 1417-2005-AA/TC (Caso Manuel Anicama Hernández), se manifiesta con respecto a la eficacia de los derechos fundamentales, de la siguiente manera:

«[...] §2.3 La distinta eficacia de los derechos fundamentales

De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativa repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 001-2002-AI, Fundamento 9).

A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado,

necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercerlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que

“[] Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y otorgados por éste.

Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social.

Lo expuesto significa que en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta.

En efecto, tal como se ha precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la UDFT de la Constitución,

“no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas”. (STC 2945-2003-AA, Fundamento 36).

En esa perspectiva, entre los deberes del Estado previstos en el artículo 44° de la Constitución, no sólo se encuentra el garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, sino también

“promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los DESC requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población».

3.1.1.5. El activismo judicial

Es una filosofía procesal según la cual el juez debe ir más allá del texto expreso de la norma por su compromiso con su tiempo, por su lealtad a la justicia y otras expresiones más poéticas que jurídicas. También se le suele definir en negativo como la búsqueda de un doble propósito: justificarse a sí misma y denostar al garantismo procesal. Así se dice que es lo contrario a un juez pasivo e inerte, que no se limita sólo a ser la boca de la ley y que no se ha quedado en la prehistoria positivista.

Esta disyuntiva entre activismo judicial y garantismo procesal se mantiene hasta hoy, pero lo importante es que el activismo se ha trasladado a sede constitucional, pero con argumentos garantistas.

El incremento del activismo judicial puede estar justificado incluso en los sistemas jurídicos de tradición continental, resultando indispensable si se quiere realizar de modo efectivo el principio de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales frente al legislador, esto es, al margen por encima de la decisión parlamentaria. Si es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un Poder Judicial fuertemente discrecional y con facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a los valores como previsibilidad, la certeza, la igualdad, en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial.⁵⁶

Por otro lado, el Tribunal Constitucional peruano se siente identificado con el activismo de la “Corte Warren” norteamericana, expresando esta identificación en

⁵⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. (2015). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores S.A.C, Lima, p. 42.

múltiples sentencias, haciendo especial hincapié a la autonomía procesal y al desarrollo del contenido esencial de los derechos fundamentales⁵⁷, el cual le ha permitido hacer dúctil el derecho⁵⁸ y los procesos constitucionales, a fin de alcanzar los fines constitucionales de los mismos: la defensa de la primacía de la constitución y la tutela de los derechos fundamentales.⁵⁹

(1) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (Colegio de Abogados de Arequipa y otro), se manifiesta con respecto al principio de autonomía procesal, de la siguiente manera:

«[...] Principio de Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional Que descartada la aplicación analógica del Código Procesal Civil en este tipo de proceso según la precedente consideración, queda a este Tribunal la posibilidad de cubrir el vacío normativo en ejercicio de la potestad derivada del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional.

Que este principio ya ha sido incorporado a la jurisprudencia por este Colegiado.

Según él, este Tribunal detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante

⁵⁷ ÁGUILA GRADOS, Guido (2011). *El neoconstitucionalismo. Una mirada jurisprudencial*. Editorial San Marcos, Lima., p. 49.

⁵⁸ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil (1995)*. Ley, derecho, justicia. Madrid, Trotta, pp. 9-45.

⁵⁹ LANDA ARROYO, César (2009). *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. En: *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios de Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho. Editorial IDEMSA. Lima-Perú, abril, p. 438.

del artículo VII del Código Procesal Constitucional, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema -vacío o imperfección de norma- que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se incorpora, desde entonces, en la regulación procesal constitucional vigente.

Que el establecimiento de la norma, en cuanto acto de integración, debe orientarse a la realización y optimización de los fines del proceso constitucional y, en particular, efectuarse en consideración de la particularidad del derecho procesal constitucional en cuanto derecho constitucional concretizado.

Que esta configuración del proceso a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no constituye, empero, una potestad libre sino sujeta a límites, conforme ya se estableció en la resolución de fecha 8 de agosto de 2005, dentro de los que debe destacarse la observancia de la regulación procesal constitucional vigente».

- (2) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC (Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL), se manifiesta con respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales (derecho al trabajo), de la siguiente manera:

«[...] El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. 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 que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa».

El neoconstitucionalismo puede entenderse como una ideología jurídica de finales del siglo XX, que entra al siglo XXI, con una verdadera promesa para la teoría del derecho, pero no sólo para la teoría, sino para la acción práctica que está llamada a cumplir el Derecho en las sociedades contemporáneas.

El neoconstitucionalismo al que se le conoce, de acuerdo con los diversos tratadistas, como *neopositivismo*, *constitucionalismo* o *garantismo*, constituye una nueva metodología jurídica, planteando nuevas ideas que permiten revisar las posiciones tradicionales, incapaces de transformar la realidad por la vía jurídica.

El Estado legal de derecho se caracteriza por el principio de legalidad; es decir, por la primacía de la ley sobre los restantes actos del Estado, hecha efectiva por el

funcionamiento de unos tribunales destinados a garantizar la legalidad de la acción de la administración estatal.

El Estado constitucional de derecho se caracteriza por el principio de constitucionalidad; es decir, la primacía de la Constitución sobre la ley y por el funcionamiento de una jurisdicción que entienda de la constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley.

La constitución dentro del modelo neoconstitucionalista, deja de concebirse como mera realidad retórica para pasar a formularse como una realidad normativa y, por tanto, efectivamente vinculante a sus destinatarios: el poder político y particulares; siendo esta norma jurídica la base del entero ordenamiento jurídico del Estado, de modo que se convierte en una norma suprema, situada por encima del resto de las normas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del país demuestra que el neoconstitucionalismo no sólo está en los libros. Es mucho más que un neologismo sobre el cual se sigue discutiendo su nombre de pila; puesto que posee identidad propia y convive en nuestra cotidianidad forense y cobra un protagonismo acelerado e intenso.

3.1.2. El Despido conforme a la normatividad y la jurisprudencia en el Perú:

Sin duda alguna, los estudiosos del Derecho del Trabajo han reconocido y reconocen que la Constitución de 1979, que se promulgó ese mismo año, le dio al trabajo la debida importancia, nos referimos a una regulación íntegramente constitucional.

En efecto, esta Norma Fundamental consagró al derecho al trabajo como uno fundamental y esencial de toda persona humana, de conformidad con los diversos instrumentos supranacionales.

Entre los muchos temas que incorporó esta Constitución están, por una parte, el reconocimiento de los principios del Derecho del trabajo, y, por otra parte, el reconocimiento de la estabilidad absoluta del trabajador, que suponía que el trabajador solo podía ser despedido por una causa justificada, siendo nulo todo tipo de despido incausado o injustificado.

Sin embargo, no es hasta el año 1991 en que se produce un gran cambio en el Perú, pues precisamente en ese año el Gobierno encabezado por el ex presidente Alberto Fujimori implantó una "flexibilización laboral" ⁶⁰cuyo origen tuvo un sustento interesante, que fue el generar una mayor apertura del mercado laboral, en otras palabras, que más personas cuenten con un empleo, aunque sea de manera temporal, y que los empresarios tengan mayores facilidades para la contratación de trabajadores; no obstante, adelantándonos a nuestras conclusiones, podemos decir que supuso un gran error, a lo que con mucho acierto importantes autores se han referido como "desregulación salvaje" "huida del Derecho del trabajo", ello en gran medida a que las normas producto de esta mal llamada "flexibilización laboral" lo que en realidad generaron fue la "deslaboralización" del Derecho del trabajo, pues no existía forma de hacer eficaz el pleno respeto de los derechos laborales y, en muchos casos, los derechos empresariales eran desmedidos e ilimitados, generándose con ello un grave desbalance de las relaciones laborales, en donde el

⁶⁰ IBARRA CISNEROS, Manuel Alejandro y GONZALEZ TORRES, Lourdes Alicia (2010). La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo. [online]. n.231, pp.33-52. ISSN 0186-1042.

gran perdedor era el trabajador. Ni que decir de los legisladores peruanos, que en muchos casos –seguramente por conveniencia propia– obviaban la notoria desigualdad.

En dicho contexto permisivo, se han generado de manera recurrente decisiones arbitrarias por parte de los empleadores, quienes extinguen la relación laboral de manera unilateral, motivando posiciones jurisprudenciales emitidas por el Tribunal Constitucional que han ido variando en el tiempo, según el contexto político, debilitando al Derecho Laboral que antaño se caracterizaba por su rol tuitivo, en correspondencia con sus principios y enunciados constitucionales.

En el presente trabajo analizamos una de las causas de la extinción de la relación laboral, más propiamente del contrato de trabajo, que consideramos la más compleja y de mayor análisis y atención por parte de los legisladores y jueces, a fin de evitar su uso abusivo por parte de los empleadores, nos referidos al despido que en sus diversas modalidades, una vez producido altera el status socioeconómico de la parte más débil de la relación laboral, el Trabajador.

3.1.2.1 Antecedentes:

3.1.2.1.1.-Evolución Histórico-Jurídica Del Despido.

A lo largo de la evolución histórica del derecho laboral se ha tratado temas que surgen del mismo contrato laboral, como son los temas de remuneración, beneficios sociales, etc. Pero la extinción de la relación laboral es un tema que no surge de la relación contractual laboral sino del cese de esta. La trascendencia individual y social que se atribuye, con evidente realismo, al despido ha determinado que en esta figura se concentren, en mayor medida, los esfuerzos del legislador para rodearla de exigencias sustantivas y formales que, a su vez, constituyan para el trabajador

garantías destinadas a protegerlo frente a decisiones extintivas del empleador que sólo tengan como fundamento la discrecionalidad de su voluntad.

Desde la perspectiva de que el despido del trabajador comporta la manifestación de un poder que se reconoce al empleador podemos distinguir, en la evolución de la protección contra el despido, tres grandes etapas o momentos, determinados en función de la amplitud o intensidad de dicho poder. Estas etapas son las siguientes:

- 1) el despido: poder absoluto,
- 2) el despido: poder limitado, y
- 3) el despido: poder excepcional.

3.1.2.1.2.- Definición del despido.

3.1.2.1.2.1.- Definición

Previamente establecer el marco normativo del despido en nuestra legislación nacional, consideramos pertinente definir de manera concreta al despido desde el punto de vista doctrinario.

En sentido general, poder señalar que el despido, es aquel acto por medio del cual el empleador pone fin o extingue la relación laboral existente con un determinado trabajador, pudiendo producirse por diferentes motivos que atañen a la decisión unilateral del empleador, que en la mayoría de los casos implícitamente se constituye en un acto arbitrario, que contraviene la normatividad vigente y ocasiona grave perjuicio al trabajador.

En sentido restringido, se define como la resolución del contrato por voluntad unilateral del empleador debido a la imputación de una falta grave al trabajador, en este supuesto el despido se circunscribe a la extinción de la relación laboral por

incumplimiento del trabajador de sus obligaciones impuestas y reguladas en la ley o en el contrato de trabajo.

Manuel Alonso García, precisa que un sentido estricto y rigurosamente técnico, el concepto de despido ha de referirse a la extinción que se produce por la voluntad unilateral del empresario, exista o no causa justificada.⁶¹

Carlos Blancas Bustamante hace hincapié en el "rol decisivo que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, [...] calificando con dicha expresión a toda extinción de la relación de trabajo que reconozca en la voluntad del empleador su fuente productora". Debe añadirse, según el mismo autor, que el despido es "una institución causal" en cuanto sólo se admite como facultad o potestad del empleador en la medida [en] que se configure una "causa justa" que habilite el ejercicio de la misma". Este último aspecto importa una de las manifestaciones del derecho al trabajo reconocido por el artículo 22° de la Constitución, en el sentido de que nadie puede ser despedido sino por causa justa.⁶²

Debemos decir que el despido se produce porque existe una situación de conflicto en la relación laboral, donde el trabajador deja de prestar sus servicios por decisión del empleador, esta decisión puede ser justificada si se han presentado las causales que configuran la extinción del contrato de trabajo, pero si la decisión del empleador es arbitraria nos encontramos ante un despido lesivo de derechos constitucionales. Es importante resaltar y señalar que para nuestro sistema legislativo laboral opta por reconocer al despido como un poder excepcional del empleador. Por otro lado, el despido legal, aquel que el trabajador debe aceptar sin reclamo alguno, sólo será

⁶¹ ALONSO GARCIA, Manuel (1981). Curso del Derecho del Trabajo. Editorial Ariel. 7ma Edición. Madrid, p. 559

⁶² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2002). El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Ara Editores. Lima, p. 48.

aquél que se base en una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, según lo señalado en el artículo 22° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Así mismo el artículo precedente señala que " la causa justa sólo puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. Entonces, el poder de despedir es legítimo sólo cuando hay causa justa. Coherente con esta opción, el «despido arbitrario» como su mismo nombre lo indica es un despido discrecional que ha de reputarse ilegítimo dentro del ordenamiento. Y tanto es así que éste debe ser indemnizado (artículo 34° Ley de Productividad y Competitividad Laboral). Según lo define Manuel Alonso García "...en un sentido estricto y rigurosamente técnico, el concepto del despido ha de referirse a la extinción que se produce por la voluntad unilateral del empresario exista o no causa justificada..."⁶³

También lo concibe como "la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario". Como lo destaca el primero de estos dos autores, en un sentido estricto y rigurosamente técnico, el concepto de despido ha de referirse a la extinción que se produce por voluntad unilateral del empresario "exista o no causa justificada". Coinciden estas opiniones, en destacar el rol decisivo que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, en forma independiente a la existencia o ausencia de causa justificada o a cual fuera ésta, calificando con dicha expresión a toda extinción de la relación de trabajo que reconozca en la voluntad del empleador su fuente productora.⁶⁴

⁶³ ALONSO GARCIA, Manuel (1981). Curso del Derecho del Trabajo. Editorial Ariel. 7ma Edición. Madrid, p. 559

⁶⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2002). El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Ara Editores. Lima. 2002, p. 50.

3.1.2.1.3.- Características del despido: Elementos Característicos:

El despido, como extinción de la relación laboral, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, mediante el cual el trabajador deja de prestar servicios a este por motivos ajenos a su voluntad y produciéndole un daño al no seguir percibiendo su remuneración, el despido presenta las siguientes características:

- a) Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante.
- b) Es un acto constitutivo: por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente.
- c) 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.
- d) Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan ad futurum los efectos del contrato.

3.1.2.1.4.- Nuestra constitución política respecto al despido.

3.1.2.1.4.1.-Constitución Política.

Artículo 23°:

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

Artículo 27°: La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

El artículo 27° de la Constitución prescribe: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". Mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho "a no ser despedido arbitrariamente". Sólo reconoce el derecho del trabajador a la "protección adecuada" contra el despido arbitrario. (Sentencia del Tribunal Constitucional referida al Expediente N° 976-2001.AA/TC, en su Fundamento 11 y que fue publicada en el diario oficial el peruano del 13. 05.2003.)

3.1.2.2 Clases de despido según el Ordenamiento Jurídico, la doctrina y la jurisprudencia

En nuestro Ordenamiento Jurídico y específicamente en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Legislativo N° 728), al hablar del despido como la extinción de la relación laboral fruto de un conflicto entre trabajador y empleador lo regular en forma tuitiva para proteger al trabajador, pues es este el que está en desventaja frente al poder del empleador. Así nuestra legislación ha tratado al despido en sus diversas modalidades así tenemos: Despido Arbitral, Despido Nulo, Despido Justificado o con Causa Justa, Despido Sanción, Despido Indirecto y que a continuación describiremos las principales características de cada uno de estos tipos de despido que se desarrollan en nuestra legislación.

3.1.2.2.1.- El despido arbitrario (es un despido abusivo).

El despido arbitrario es ilegítimo, y siempre lo será, aun cuando el ordenamiento lo reconozca efectos extintivos. Repárese, el pago de la indemnización no lo puede transformar en diáfano y pulcro, pues es el resultado de un acto que va más allá de

un poder que sólo tiene naturaleza excepcional. Es cierto, el empleador tiene un derecho de despedir cuando alega causa justa debidamente comprobada, pero no está en su derecho despedir de manera arbitraria. Mientras en el primer caso, se está frente un ejercicio regular del derecho de despedir, en el segundo, se está frente a un ejercicio irregular del mismo. Por esta razón, si el abuso en el ejercicio de un derecho «ocurre cuando el sujeto ejercita su derecho de manera no prohibida por la legislación positiva, pero agravando principios del Derecho que pueden resumirse en la sana convivencia social», entonces el despido arbitrario implicará siempre un ejercicio abusivo del derecho a extinguir unilateralmente el contrato de trabajo. En otras palabras, es un acto abusivo que el ordenamiento admite, aun cuando el artículo 103° de la Constitución señala: «la Constitución no ampara el abuso del derecho».

El despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente" (Art. 34° Ley de Productividad y Competitividad Laboral)

En consecuencia, según este artículo, existen dos tipos de despido arbitrario:

a) El que es arbitrario porque no se ha expresado causa alguna (ad nutum o incausado) y, Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del TC del 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N° 1124-2001-AA/TC).

Se produce el denominado despido incausado o ad nutum, que algunos autores lo catalogan también como improcedente o inmotivado, cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

b) El que es arbitrario porque habiéndose alegado causa justa, ésta no ha podido ser demostrada judicialmente, con el único efecto reparatorio para ambos, el de una indemnización.

3.1.2.2.2.- tratamiento del despido arbitrario en nuestra legislación.

El artículo 27° de la constitución establece que la ley otorgará adecuada protección frente al despido arbitrario. En virtud de ello la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (art. 34°) establece el pago de una indemnización cuando el despido es arbitrario.

Respecto a ese tema el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 1124 – 2001-AA/TC, ha establecido que no debe considerarse que el artículo 27° de la constitución consagra una facultad de despido arbitrario hacia el empleador y que el segundo párrafo del artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es incompatible por las siguientes razones:

- El artículo 34° segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario del empleador, vacía de contenido esencial del derecho al trabajo (el derecho a acceder a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido a no ser por una causa justa.).
- La forma de aplicación del segundo párrafo del artículo 34° 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 la constitución (irrenunciabilidad del derecho pro operario y los contenidos en el artículo 23° de la constitución).

- La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una restitución complementaria o sustitutoria si así lo determina libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional lo denomina despido ad nutum (despido incausado), es decir, sin haber expresado causa.

3.1.2.2.3.- despido nulo.

La Nulidad del despido sólo procede cuando éste obedece a motivos cuya naturaleza no consiente que se admita su validez como supuestos legitimadores del acto extintivo del empleador, en él existe una causa recusada por el ordenamiento jurídico por implicar una vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal, como persona y como ciudadano, dicho en otras palabras, se trata de un despido con causa ilícita. La determinación de estas causas se encuentra expresa y taxativamente señalados en el artículo 29° del Decreto Supremo No.003-97-TR, el cuál prescribe las causas que pueden concurrir para considerarse un despido como nulo, estas son:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.
- f) Se despide al trabajador por razones de ser portador del VIH-SIDA y
- g) Se despide al trabajador por razones de discapacidad.

Un despido es nulo cuando la causa o razón determinante, es manifiestamente contraria al ordenamiento legal, ya sea de carácter discriminatorio o de reacción, constituyendo en el fondo una grave violación de derechos fundamentales del trabajador. La gravedad de los mismos genera que declarada judicialmente la nulidad del despido, a diferencia de lo que sucede en caso de despido injustificado o indirecto, el trabajador logra su reposición en el empleo que venía desempeñando. Para accionar por la nulidad de despido, es requisito previo que cuando menos uno de los supuestos mencionados sea invocado y acreditado por el trabajador. El plazo para presentar la demanda de 30 días naturales contados desde que se produjo el despido y que no está sujeto a interrupción o pacto alguno que lo enerve.

Dicho plazo sólo se suspenderá frente a la imposibilidad material del trabajador para accionar ante un tribunal peruano, por encontrarse aquél fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o cuando no funcione el Poder Judicial.

La excepción a esta regla la constituye el supuesto de despido nulo por razón de embarazo, en el cual existe la presunción de que el despido tuvo como causa el embarazo, si el empleador no acredita la existencia de causa justa de despido.

El despido nulo se trata de una innovación que introdujo la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no contemplada por la legislación anterior sobre la materia. Debido a la causa que origina el despido, se trata de actos manifiestamente contrarios al Ordenamiento Jurídico. Y que a la vez estos actos hacen que se vulneren derechos fundamentales que asiste a todo trabajador.

En esencia se trata de la extinción del vínculo laboral por parte del empleador motivado por causas subjetivas y discriminatorias.

3.1.2.2.3.1.- Motivos Del Despido Nulo:

Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación del trabajador a un sindicato o la participación en actividades sindicales. Artículo 29° inciso a. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N°003-97-TR (27.03.97).

Se protege la libertad sindical. Esta libertad tiene dos aspectos: individual y colectiva. En el aspecto individual se refiere al derecho del trabajador a afiliarse a un sindicato o realizar actividades sindicales. En cambio, en el aspecto colectivo se refiere al derecho que tiene el sindicato de organización y de ejercer libremente sus actividades. En esta causal se hace referencia a la libertad sindical en su aspecto individual.

La protección a la libertad sindical comprende al derecho de afiliarse a un sindicato y el derecho de participar en actividades sindicales comprende el derecho a constituir organizaciones sindicales y de afiliarse a las ya

existentes. La actividad sindical es el objeto de la libertad sindical y puede ser desarrollada por un solo trabajador e, inclusive, sin la existencia de un sindicato.

- b) Por ser candidato a representante de los trabajadores debidamente escrito o actuar o haber actuado en esa calidad. En el caso de candidatos, es nulo el despido si se produce en el período correspondiente entre los 30 días anteriores a la realización del proceso de elección y los 30 días posteriores a la conclusión de éste. En el caso de representantes de los trabajadores, el despido es nulo si se produce hasta 90 días después de haber cesado en el cargo. Artículo 29° inciso b. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N° 003-97-TR (27.03.97) y artículo 46°, D.S. N°001-96-TR (26.01.96). Esta causal solo puede ser invocada por quienes postulan, han sido elegidos, han cesado en cargos que gozan del fuero sindical. El ámbito de protección de despido nulo se restringe a la esfera sindical.

Están amparados por el fuero sindical:

- Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres meses después.
- Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones, confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales.
- Los delegados cuando no exista sindicato y los representantes de la comisión encargada de la negociación colectiva.
- Los candidatos a dirigentes o delegados, treinta días calendarios antes de la realización del proceso electoral y hasta treinta días después de concluido éste.

- Los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, hasta tres meses después de concluido el procedimiento respectivo.

El trabajador amparado por el fuero sindical que demande la nulidad del despido tendrá que probar que éste tuvo como motivo su condición de candidato, representante o ex representante sindical. Por tanto, dicha condición no opera para establecer la presunción legal que el despido constituye un acto anti sindical.

- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que se configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (injuria y faltamiento de palabra en agravio del empleador, sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores). Es nulo el despido si la queja o reclamo ha sido planteado contra el empleador ante las autoridades administrativas o judiciales competentes y se acredita que está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores. La protección se extiende hasta 3 meses después de expedida la resolución consentida que cause estado, o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento. Artículo 29°, inciso c. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N°003-97-TR (27.03.97); y artículo 47°, D.S. N° 001-96-TR (26.01.96).

El empleador tiene el derecho de recurrir contra su empleador para reclamarle respecto de los incumplimientos e infracciones que realice, habiéndose creado instituciones y mecanismos procesales para tal efecto.

Se sanciona la nulidad del despido adoptado como represalia del empleador contra el trabajador que ha presentado una queja o participado en un proceso en contra de él para la defensa de sus derechos, ante las autoridades competentes.

Las autoridades competentes ante las cuales se interponen la queja o iniciar el proceso que origine la represalia, son únicamente las autoridades administrativas y judiciales.

El demandante debe acreditar que su despido está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores.

- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Se considera discriminación una notoria desigualdad o el trato marcadamente diferenciado a un trabajador que no se encuentra sustentado en razones objetivas. También es nulo el despido que, basado en motivos discriminatorios, afecte el empleo de trabajadores con discapacidad. Artículo 29° inciso d. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N° 003-97-TR (27.03.97), artículo 48°, D.S. N° 001-96-TR (26.01.96) y artículo 31° Ley N° 27050(06.01.99).

Se entiende por discriminación cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo, raza, religión, o ideas políticas que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación. Esta causal tiene como sustento el mandato constitucional de no discriminación.

Para considerar un acto como discriminatorio deben existir tres elementos: una restricción, un motivo determinante y un resultado objetivo.

Es necesario que la conducta discriminatoria se traduzca en una notoria desigualdad o en el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores. Se exige que los factores de diferenciación se aprecien en un sentido bilateral, esto es, recurriendo a la comparación del trato dispensado a varios trabajadores.

Para que una conducta no resulte discriminatoria tiene que encontrar justificación en una necesidad de la empresa y no existir otras alternativas.

- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Ello es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. Artículo 29° inciso e. Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- f) Que el trabajador sea portador del VIH/ "SIDA". Las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones. Es nulo el despido laboral cuando la causa es ser portador del VIH/SIDA. Artículo 6°, Ley N° 26626 (20.06.96)

3.1.2.2.4.- El despido indirecto.

3.1.2.2.4.1.- Actos de Hostilidad.

Son actos u omisiones realizados por el empleador o sus representantes que molestan o incomodan al trabajador.

Constituyen faltas del empleador, y tienen como objetivo normalmente la renuncia del trabajador, aunque en algunos casos su fin es obtener algún favor o ventaja en perjuicio del trabajador, que atenta contra su moral, dignidad, economía, etc.

3.1.2.2.4.1.1.- Actos de hostilidad equiparables al despido.

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
- c) El incumplimiento injustificado de las obligaciones legales o convencionales;
- d) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
- e) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
- f) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- g) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- h) Los actos contra la moral, el hostigamiento sexual y todos aquellos que constituyan actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador.

El trabajador, antes de accionar judicialmente, deberá emplazar por escrito al empleador para que cese la hostilidad y darle plazo razonable para que enmiende su conducta.

3.1.2.2.5.- Despido justificado o despido legal.

Este puede ser utilizado por el empleador cuando un trabajador ha incurrido en alguna de las causales señaladas en la norma, que pueden estar relacionadas con la conducta o con la capacidad del trabajador.

Siendo para ello necesario que el empleador siga el procedimiento establecido en la ley, es decir, el preaviso correspondiente para que el trabajador se defienda de los hechos que se le imputan o pueda demostrar su capacidad. Una formalidad esencial que cumplir es la comunicación por escrito del despido.

3.1.2.2.5.1.- Procedimiento del despido legal.

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 (6) días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta 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.

El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla, le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos.

El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite. En el procedimiento debe observarse el principio de inmediatez.

3.1.2.5.2.- Principio de inmediatez.

El principio de inmediatez, como contenido del derecho al debido proceso, constituye un límite a la facultad sancionadora o poder disciplinario del empleador y se sustenta en el principio de seguridad jurídica. En virtud de este principio debe haber siempre un plazo inmediato y razonable entre el momento en que el empleador conoce o comprueba la existencia de la falta cometida por algún trabajador y el momento en que se inicia el procedimiento y se le impone la sanción de despido.

En caso de que no medie un plazo inmediato y razonable entre el momento del conocimiento de la comisión de la falta grave y el inicio del procedimiento de despido y la imposición de la sanción, es decir, cuando exista un período prolongado e irrazonable, en virtud del principio de inmediatez, se entenderá que el empleador: a) ha condonado u olvidado la falta grave, y b) ha tomado la decisión tácita de mantener vigente la relación laboral.

Es importante señalar que el principio de inmediatez está contemplado en el Art. 31° de la LPCL, y en la Recomendación N° 166 de la Organización Internacional del Trabajo sobre "la terminación de la relación laboral". Así, en el numeral 10 de este instrumento se señala que "se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador

a causa de una falta de este si no hubiera adoptado esta medida dentro de un periodo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta".

Al amparo de esta norma internacional se ha afirmado que "el principio de inmediatez se constituye como el límite temporal a la facultad del empleador para sancionar al trabajador por la comisión de una falta; se trata de la demarcación de dos periodos: uno, el más cercano a la falta, en el cual el empleador se encuentra habilitado para sancionar a su trabajador y, otro, el que le sigue al primero, en el cual el empleador pierde la potestad para sancionar al trabajador legítimamente, pues su inacción determina el olvido de los hechos imputados" .

3.1.2.2.5.3.- ¿Cuál es el plazo razonable?

Existe discordancia entre la posición del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de la República, respecto al plazo que debe tenerse en cuenta; sin embargo, consideramos que su análisis y aplicación estará condicionado a las particulares circunstancias de cada caso en concreto.

Para determinar la razonabilidad del periodo de tiempo que debe mediar entre el conocimiento de la comisión de la falta grave y el inicio del procedimiento de despido y la imposición de la sanción, debe tenerse en cuenta la estructura del procedimiento de despido disciplinario, que está compuesto de:

- a.- Una etapa previa, que se inicia cuando el empleador toma conocimiento de la comisión de la falta grave cometida. Para determinar la razonabilidad de esta etapa, en cada caso concreto, tiene que valorarse la forma en que el empleador tomó conocimiento de la falta grave, pues en función de ello el empleador determinará si se debe, o no, realizar un procedimiento interno de investigación antes de enviar la carta de imputación de faltas.

b.- Una etapa procedimental, que se inicia cuando el empleador le envía al trabajador la carta de imputación de faltas graves para que presente su descargo. Para determinar la razonabilidad del plazo de esta etapa, debe valorarse si el trabajador tuvo una conducta diligente al momento de presentar su carta de descargo, o si, por el contrario, tuvo comportamientos obstruccionistas o dilatorios, como, por ejemplo, presentar solicitudes de prórrogas sucesivas para presentar la carta de descargo.

c.- Una etapa de decisión, que se inicia luego de que el trabajador presentó su carta de descargo o de que venció el plazo para presentarla sin que lo hubiese hecho. Una vez contestada la carta de imputación o sin ella, el empleador, dentro de un periodo inmediato, debe decidir si los argumentos de la carta de descargo desvirtúan, o no, lo dicho por la carta de imputación de faltas graves.

Finalmente, las acciones por nulidad del despido, despido arbitrario y hostilidad (despido indirecto) caducan a los treinta días naturales de producido el hecho (plazo de caducidad), es decir, desde el momento en que el trabajador es emplazado por el empleador.

3.1.2.3 Causas justas de despido

3.1.2.3.1.- Relacionadas con la capacidad del trabajador.

a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;

b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;

c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral,

o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

3.1.2.3.2.- Relacionadas con la conducta del trabajador.

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador.

3.1.2.3.2.1.- Despido por falta grave.

Falta grave 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.

Son consideradas faltas graves:

- a) 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;
- b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento en 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;
- c) 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;

- d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador, la sustracción o utilización de documentos de la empresa, sin autorización y la competencia desleal;
- e) 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;
- f) 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;
- g) 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 ésta;
- h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario; hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad

reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.

3.1.2.3.3.- Despido por la condena penal.

El despido por la comisión de delito doloso se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que este haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador

3.1.2.3.4.- 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 es por un periodo de 3 meses o más. Si es por menos de 3 meses sólo hay suspensión del contrato. Artículos 24° inciso c. y 28° LPCL, D.S. N° 003-97-TR (27.03.97).

3.1.2.3.5.- Según el Tribunal Constitucional.

3.1.2.3.5.1.- Tipos De Despido Que Pueden Generar La Reposición:

El efecto de la reposición derivada de despidos arbitrarios o con lesión de derechos fundamentales se origina en los tres casos de despido: el despido nulo, el despido incausado y el despido fraudulento.

3.1.2.3.5.1.1.- Despido incausado.

Se produce el denominado despido incausado, cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

Jurisprudencia Sobre Despido Incausado: STC. N° 976-2001-AA/TC.

El despido incausado, establecido en la sentencia N° 976-2001-AA/TC, se produce según ésta 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 sólo 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 las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso.

En consecuencia, la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad y por consiguiente, el despido del demandante carece de efecto legal, por lo que, en mérito de la finalidad restitutoria propia del proceso de amparo, procede la reincorporación del demandante en el cargo que venía desempeñando en su centro de trabajo.

3.1.2.3.5.1.2.- Despido fraudulento.

Un despido es fraudulento cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, o se produce la

extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la "fabricación de pruebas".

3.1.2.3.5.1.3.- Jurisprudencia Sobre Despido Fraudulento

Respecto del despido fraudulento, el tribunal se pronunció anteriormente definiéndolo como aquel despido en el que "se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la "fabricación de pruebas". En el caso en concreto la trabajadora demostró que el empleador fundamentó su despido en hechos falsos e inexistentes, en la medida que éste último no ha probado que la demandante tenía la obligación de atender. Los requerimientos de la SUNAT y que se le había informado de tal hecho. Por consiguiente, el despido se basó en una causa inexistente o irreal equiparable al despido incausado, constituyendo un acto lesivo del derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario, amparados por los arts. 22° y 27° de la Constitución. En cuanto al pago de las remuneraciones devengadas y los intereses legales, ya que este reclamo tiene naturaleza indemnizatoria y no resarcitoria o restitutoria, se deja a salvo el derecho de la demandante para que los haga valer en forma legal que corresponda.

3.1.2.3.6.- Criterios para determinar la vía procedimental.

El Tribunal Constitucional, en el precedente vinculante, establecido en la Sentencia, recaída en el Expediente N° EXP. N.° 0206-2005-PA/TC César Antonio Baylón Flores, ha determinado la vía procedimental, para recurrir en tutela jurisdiccional efectiva, según se trate de un Despido Arbitrario o Nulo, dependiendo además del régimen laboral del trabajador accionante, así tenemos:

- a) Así, el Supremo Tribunal ha precisado que, respecto al despido sin imputación de causa, la jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos.
- b) Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29.° y 34.° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales

que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.

- c) Con relación a que el despido tenga como motivo la afiliación o participación en actividades sindicales, El Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.a. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o "Protocolo de San Salvador"). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.
- d) Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11

numerales 1 y 2 literales a y d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Naciones Unidas).

- e) Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7° y 23° de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.
- f) Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.
- g) De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial en materia de derechos laborales de carácter individual (por todas Exp. N° 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En

efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio.

Por tanto, aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria, a cuyos jueces corresponde, en primer lugar, la defensa de los derechos y libertades constitucionales y de orden legal que se vulneren con ocasión de los conflictos jurídicos de carácter individual en el ámbito laboral privado. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo.

- h) Con relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública. Por ello, el artículo 4º literal 6) de la Ley N° 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la

administración pública son impugnables a través del proceso contencioso administrativo. Consecuentemente, el Tribunal Constitucional estima que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares.

3.1.2.3.7.- Plazo para accionar.

3.1.2.3.7.1.- En la vía ordinaria.

El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho (Art. 36° Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Conforme a la interpretación dada en el Acuerdo N° 01-99 del Pleno Jurisdiccional Laboral de mil novecientos noventa y nueve, de excluir del cómputo del plazo de caducidad antes aludido, los días sábados, domingos y feriados no laborables y los de duelo nacional o judicial, día de inicio del año judicial y día del Juez, conforme al artículo doscientos cuarenta y siete de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dicho plazo de treinta días debe contarse por días hábiles, criterio que, conforme cita Carlos Blancas Bustamante (remitiéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional del dieciocho de febrero del dos mil cinco expedida en el expediente N° 2070-2003-AA/TC) ha sido respaldada por el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional en el sentido de que: "El Decreto Supremo N° 003-97-TR no indica qué debe entenderse por falta de funcionamiento del Poder Judicial, ni tampoco, qué días deben exceptuarse de su cómputo. Sin embargo, de una interpretación de su artículo treinta y seis una cosa si es clara. Los días a tenerse en

consideración en el cómputo, más allá de la dirección literal de su primera parte, no pueden comprenderse en el sentido de que se tratan simplemente días naturales", además no resultan computables los días de huelga de los trabajadores del Poder Judicial en que no hubo atención a los justiciables, acontecimiento que constituye ejemplo de la falta de funcionamiento de este Poder del Estado.

3.1.2.3.7.2.- En la vía especial.

A los 60 días (Art. 44° del Código Procesal Constitucional. Ley N° 28237).

3.1.2.3.7.3.- Derechos del trabajador frente al despido.

Cuando el despido es justificado, el trabajador tendrá el derecho solo a sus beneficios sociales.

Cuando el despido es nulo, el trabajador tendrá derecho a la reposición en su puesto de trabajo. Salvo que en ejecución de sentencia solicite la indemnización.

Cuando el despido es arbitrario, el trabajador tendrá derecho a la indemnización, que equivale a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones.

La configuración de los despidos laborales siempre ha sido materia de análisis y discusión por parte de los legisladores y jueces nacionales; sin embargo, dicha forma de extinción de la relación laboral se ha positivizado con margen de liberalidad en nuestro país, desde comienzos de los noventa, trayendo consigo como una de sus principales características la facultad concedida al empleador para despedir al trabajador sin expresión de causa, previo pago de una indemnización.

El principio de inmediatez, pocas veces examinado con amplitud en nuestro medio, constituye una figura de suma importancia cuando nos referimos principalmente al despido de un trabajador, sin embargo, debe recalarse que su utilización no es

únicamente aplicable ante la comisión de una falta por parte del empleado o por la deficiencia de su capacidad, pues este principio rige también para los casos de hostilidad laboral.

Cuando un trabajador es despedido, tiene alternativamente la posibilidad de recurrir ante el órgano Jurisdiccional, en ejercicio de su derecho a la Tutela Judicial efectiva, demandado como pretensión la Nulidad del Despido y su consecuente reposición a su puesto de trabajo o la acción de indemnización por despido arbitrario, dependiendo de las circunstancias del cada caso en concreto.

Si bien es cierto el Tribunal Constitucional, ha establecido como precedente vinculante, los casos de procedencia del amparo, para demandar la nulidad del despido por las causales específicas, los jueces deben evaluar otros casos concretos, con especial motivación que no encuentran tutela de urgencia en la vía ordinaria, ejemplo violación al debido proceso, vulneración del Principio de Legalidad y Tipicidad, etc.

Frente a la mal llamada "flexibilización laboral" que en realidad ha generado la "deslaboralización" del Derecho del trabajo, pues no existía forma de hacer eficaz el pleno respeto de los derechos laborales, los jueces deben ser muy cuidadosos al momento de resolver las pretensiones de los trabajadores, debiendo recurrir a los principios que inspiran al Derecho Laboral Peruano, en caso de divergencia normativa.

3.1.3 La actuación administrativa impugnabile y su tratamiento en el Derecho peruano:

3.1.3.1 El Control judicial de la actuación administrativa:

La función administrativa, dada su importancia, se encuentra sometida a múltiples mecanismos de control⁶⁵, dentro de las cuales se encuentra el control jurisdiccional efectuado por varios de los detentadores de dicha función según la Constitución, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, así como el arbitraje.

A su vez, el Poder Judicial controla las decisiones administrativas a través de la posibilidad de revisión jurisdiccional de las actuaciones administrativas – vía por ejemplo el Proceso Contencioso Administrativo⁶⁶ – y de la existencia de los diversos procesos constitucionales, destacando la acción popular, destinada al control de los actos normativos de la Administración Pública, dado que se emplea para impugnar normas reglamentarias, que por definición poseen rango secundario. Este mecanismo de control es medular en el Estado de Derecho, sin la cual no sería posible asegurar un comportamiento adecuado de la Administración⁶⁷. Ello no significa que el Poder Judicial no pueda controlar actos políticos o gubernativos, no existiendo actuación estatal alguna que pueda ser resultado de una decisión arbitraria, como lo ha señalado en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano.

⁶⁵ SÁNCHEZ MORON, Miguel (1991). El control de las Administraciones Públicas y sus problemas. Madrid: Espasa-Calpe, p. 34 y ss.

⁶⁶ Constitución de 1993
Artículo 148°

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

⁶⁷ LOEWENSTEIN, Karl (1979). Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel, pp. 305 y ss.

3.1.3.1.1 El Proceso Contencioso Administrativo:

El artículo 1° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 prescribe que el Proceso Contencioso Administrativo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Se considera que el Proceso Contencioso Administrativo posee una doble naturaleza⁶⁸. Es objetivo, en tanto se dirige a tutelar la legalidad de las actuaciones administrativas, pero también es subjetivo, en tanto protege a los administrados ante el comportamiento arbitrario de la autoridad administrativa.

Lo que ocurre es que el Derecho Administrativo opera sobre la base de la presunción de que la Administración Pública actúa conforme al interés general, vale decir, respecto a aquello que favorece a todas las personas que componen la sociedad en su conjunto. Como resultado, un paradigma común en el derecho administrativo tradicional fue considerar que el interés general estaba por encima de los intereses particulares, lo cual carecía de sustento constitucional, cuando más bien debe considerarse que los derechos fundamentales son preferidos frente a bienes jurídicos que no son tales⁶⁹. Conceptos como necesidad pública, orden interno, seguridad nacional, utilidad pública o interés general, entre otros, solo pueden servir como justificación para limitar derechos fundamentales, pero no para desplazarlos.

⁶⁸ DIEZ SANCHEZ, Juan José. (2004). Comentarios en torno a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo del Perú. En: *Revista de Administración Pública N° 165*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 329.

⁶⁹ LAPORTA, Francisco (1987) Sobre el concepto de derechos Humanos. En: *Doxa 4*. Alicante: Universidad de Alicante, p. 36 y ss.

Ello se encuentra referido con meridiana claridad por el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que preceptúa que la norma tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, pero garantizando a su vez los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. Ello significa que el papel del derecho administrativo hoy en día debe centrarse en la obtención de un adecuado equilibrio entre los intereses de los administrados y el interés general, debiendo ambos ser tutelados por la Administración Pública.⁷⁰

Es necesario resaltar, en este orden de ideas, que el actual Proceso Contencioso Administrativo, a diferencia de la regulación precedente, hace posible impugnar incluso actuaciones materiales y omisiones de la Administración Pública, las mismas que difícilmente podían ser discutidas con la normatividad derogada por la Ley vigente. El actual Proceso Contencioso Administrativo es entonces un mecanismo de plena jurisdicción, que permite una defensa más eficiente de los intereses de los particulares. A dichas actuaciones nos referiremos en el presente trabajo.

En este orden de ideas, definimos actuación administrativa como toda manifestación de la función administrativa, que opera regulada por el derecho público y que origina determinados efectos jurídicos. En este concepto vamos a incorporar no solo a los actos administrativos (con los que a veces se confunde)

⁷⁰ MORON URBINA, Juan Carlos (2008). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, p. 58-59. / MIR PUIGPELAT, Oriol (2003). El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional?. En: *Revista de Administración Pública*, N° 153. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, p. 69 y ss.

sino también a los actos de administración interna, los reglamentos, los comportamientos materiales, así como los contratos administrativos.

En este orden de ideas, el artículo 3° de la norma contiene el llamado principio de exclusividad, por el cual las actuaciones de la Administración Pública solo pueden ser impugnadas a través el Proceso Contencioso Administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales. Ello implica que no puede emplearse procesos civiles, penales o laborales para discutir actuaciones administrativas.

Debe tenerse en cuenta asimismo que esa posibilidad de recurrir a los procesos constitucionales se encuentra fuertemente limitada por la existencia de un discutible principio de residualidad o subsidiaridad contenido en el numeral 2 del artículo 5° de Código Procesal Constitucional, por el cual los mismos son procedentes únicamente ante la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria para tutelar los derechos fundamentales invocados. De hecho, el Tribunal Constitucional ha emitido importantes precedentes – como es el Anicama o el Baylon Flores – en los cuales ha establecido los supuestos en los cuales es precedente el proceso de amparo frente al Proceso Contencioso Administrativo.

3.1.3.2. Los actos administrativos y cualquier otra declaración de la Administración Pública

Las declaraciones de la Administración Pública constituyen las actuaciones administrativas por excelencia de esta y las que se consideran impugnables, en especial los actos administrativos. Dichas declaraciones, sin embargo, no necesariamente se encuentran plasmadas en resoluciones, pudiendo estar contenidas en oficios, en memoranda, o simplemente constituir un acto ficto. Es por

ello por lo que la norma ha prescindido del empleo de dicho término a fin de permitir una regulación menos rígida.

3.1.3.2.1 Los actos administrativos

En este orden de ideas se define doctrinariamente como acto administrativo a la decisión general o especial que, en ejercicio de la función administrativa, toma en forma unilateral la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas, de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General. Son actos administrativos, entonces, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.⁷¹

Los actos administrativos poseen elementos que lo configuran y definen su estructura, diferenciándose aquellos que resultar ser esenciales para su validez – *sine qua non* -, de aquellos que no son esenciales para reputar el acto como válido, pero que sin embargo pueden estar presentes en su configuración. Como resultado, un defecto o deficiencia en alguno de dichos elementos esenciales o requisitos de validez genera la nulidad del acto.

En primer lugar, está la competencia que consiste en la aptitud legal expresa que tiene un órgano para actuar, debido al lugar (o territorio), la materia, el grado, la cuantía y/o el tiempo. Se entiende por competencia, entonces, el conjunto de atribuciones de los órganos y entes que componen el Estado, las mismas que son precisadas por el ordenamiento jurídico.⁷²

⁷¹ Artículo 1º, inciso 1.1 de la Ley del Proceso contencioso administrativo.

⁷² DROMI, Roberto (2000). Derecho administrativo. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 115.

A su vez, la motivación consiste en la expresión de las razones que han llevado al órgano administrativo a dictar el acto, así como la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho (causas) que lo preceden y justifican.⁷³ La motivación contiene los fundamentos de hecho y derecho que sustentan una decisión administrativa. De hecho, existen diversos defectos de la motivación que pueden acarrear la nulidad del acto administrativo.

El objeto resulta ser el efecto práctico que se pretende obtener con el acto administrativo.⁷⁴ Es decir, la materia o contenido sobre el cual se declara. El objeto o contenido del acto administrativo es aquello que decide, declara o certifica la autoridad. El objeto resulta indispensable a fin de que pueda determinarse con claridad los efectos jurídicos del acto, por lo cual debe ser posible, lícito y estar determinado de manera precisa.

El procedimiento regular son los pasos que deben darse previamente a la emisión del acto, que conforman lo que se conoce como procedimiento administrativo. Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.⁷⁵ A su vez, dichos pasos previos deben estar sometidos a los principios de legalidad, y en especial, al del debido proceso en sede administrativa.

El fin del acto administrativo consiste en la satisfacción del interés general. Es el objetivo tenido en cuenta por el legislador al redactar la norma; no se pueden perseguir fines encubiertos, es decir que la finalidad no debe ser contraria a la Ley. De acuerdo con la doctrina, no se trata de la satisfacción genérica del interés

⁷³ Artículo 3°, inciso 2 de la Ley N° 27444.

⁷⁴ Artículo 5°, inciso 5.1 de la Ley N° 27444.

⁷⁵ Artículo 3°, inciso 5 de la Ley N° 27444.

público, sino más bien de una concretización de este, a través de mecanismos específicos, los cuales no pueden alterarse.⁷⁶

3.1.3.2.2 La nulidad del acto administrativo

La nulidad del acto administrativo es consecuencia de un vicio en los elementos constitutivos del acto. En el Derecho Administrativo, el particular o administrado solo puede pedir la nulidad si está legitimado, es decir solamente en los casos en que el acto afecte sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Asimismo, la entidad administrativa solo puede anular de oficio un acto administrativo si el mismo vulnera el interés general. A esto se le llama principio de doble lesividad. Y es que, los actos administrativos, dada su condición de actos emitidos por razón de interés general, se presumen válidos y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad mediante los medios establecidos por la Ley.⁷⁷ Este principio, denominado presunción de validez o principio o presunción de legitimidad, funciona como una presunción legal, que opera en tanto no se genere una declaración expresa en contrario, sea de naturaleza administrativa o judicial.

3.1.3.2.3 Los actos de administración interna

Además, debemos considerar en este rubro a los llamados actos de Administración Interna, que no son actos administrativos puesto que no afectan a las personas que no forman parte de la entidad, como lo hemos señalado líneas arriba. Los actos de administración interna de las entidades están destinados a organizar o hacer funcionar las actividades o servicios de estas.

⁷⁶ MORRELL OCAÑA, Luis (1998). Curso de Derecho Administrativo II. Pamplona: Aranzadi, p 197.

⁷⁷ Artículo 9° de la Ley N° 27444.

Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.⁷⁸ Sin embargo, de acuerdo con el artículo 7° de la Ley dichos actos requieren ciertos requisitos para su validez, la misma que se traduce en efectos jurídicos concretos.

Los actos de administración interna se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades. Son emitidos por el órgano competente, su objeto debe ser física y jurídicamente posible, y su motivación será facultativa cuando los superiores jerárquicos impartan las órdenes a sus subalternos en la forma legalmente prevista.⁷⁹ La posibilidad de prescindir de la motivación en este último caso estriba en que las órdenes que siguen la línea de mando se generan como resultado de las relaciones de jerarquía al interior de la entidad, razón por la cual no precisan de motivación.

La distinción entre los actos administrativos y los actos de administración interna es evidente, estando la misma relacionada directamente con el destino de los efectos del acto. Mientras el acto de administración interna se dirige a la propia entidad, los actos administrativos se dirigen hacia fuera, vale decir, hacia el administrado. En consecuencia, una decisión administrativa que designa un comité especial constituye un acto de administración interna. Lo mismo podemos señalar respecto a una resolución administrativa que declara la baja de un bien perteneciente a la entidad.

Ahora bien, el hecho de que nos encontremos ante un acto de administración interna no significa que el mismo no sea susceptible de impugnación. Ya ha señalado el

⁷⁸ Artículo 1°, inciso 1.2.1 de la Ley del Proceso contencioso administrativo.

⁷⁹ Artículo 7°, inciso 7.1 de la Ley N° 27444.

Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia que no existen zonas de decisión pública exentas de control jurisdiccional, lo cual es perfectamente consistente con el concepto de Estado de Derecho, en el cual las atribuciones públicas deben estar debidamente limitadas, a fin de evitar que las mismas vulneren derechos fundamentales. Ello significa que un acto de administración interna puede ser impugnado si es que vulnera derechos o intereses de una persona determinada⁸⁰, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 148° de la norma constitucional⁸¹ que no debe considerarse restringida a los actos administrativos.

3.1.3.3. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la Administración Pública

Una de las grandes innovaciones del Proceso Contencioso Administrativo cuando se promulgó la Ley de la materia es la incorporación de la inactividad administrativa – sea esta formal o material – dentro de las actuaciones impugnables, supuesto que no existía en la regulación previa, contenida en el Código Procesal Civil. Si bien ya existía el proceso de cumplimiento, como proceso constitucional, el mismo es distinto al Proceso Contencioso Administrativo por omisión, que además ha adquirido una mayor importancia ante la residualidad de los procesos constitucionales que también afecta al proceso de cumplimiento.

3.1.3.3.1 El silencio administrativo

El silencio administrativo es el mecanismo por excelencia de control de la anomia administrativa, pues establece la posibilidad de otorgar efectos jurídicos a la falta

⁸⁰ MORON URBINA, Juan Carlos (2008). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, p. 151.

⁸¹ Constitución Política del Estado
Artículo 148°. Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso- administrativa.

de pronunciamiento de la autoridad administrativa en el plazo establecido para ello, pudiendo dichos efectos implicar la denegatoria de lo solicitado, en el caso del silencio administrativo negativo; o la concesión de lo solicitado, en el caso del silencio administrativo positivo.

El silencio administrativo funciona siempre como una garantía a favor del administrado, otorgándole a éste la facultad de ser quien active el efecto jurídico en mérito a su decisión. En este sentido, la Ley del Procedimiento Administrativo General – contenido en los artículos 33° y 34° otorga una evidente preferencia al silencio administrativo positivo en el contexto de los procedimientos administrativos de evaluación previa.

Ahora bien, el silencio administrativo que se impugna a través del Proceso Contencioso Administrativo empleando este numeral es el negativo, puesto que el silencio positivo genera un efecto concesorio respecto al administrado.

Teniendo en cuenta además que el mismo configura un acto administrativo ficto y en consecuencia si otro administrado pretende impugnarlo estamos ante el supuesto que hemos analizado en el acápite precedente y no ante el que venimos comentando. En este orden de ideas el silencio administrativo negativo opera ante la inactividad formal de la Administración, permitiendo al administrado considerar que su solicitud ha sido rechazada.

En tal sentido, el silencio administrativo negativo pretende ser un paliativo a la inacción de la entidad, habilitando la interposición de los recursos respectivos, o en su caso, la iniciación del Proceso Contencioso Administrativo⁸². Ello no obsta, sin

⁸² Artículo 188° inciso 188.3 de la Ley N° 27444.

embargo, para que el particular pueda esperar el pronunciamiento de la Administración.

Inicialmente, el silencio administrativo negativo se había convertido en la regla en la tramitación de procedimientos administrativos. Sin embargo, el Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa incorporó el silencio administrativo positivo, para circunstancias derivadas de la tramitación de autorizaciones, licencias y permisos.

Más bien, fue el Decreto Legislativo N° 757 el que convirtió el silencio administrativo negativo en la excepción, revirtiendo la situación existente hasta fines de la década de 1980.

Ahora bien, la redacción original de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo no era consistente con esta consideración. De hecho, dicha Ley establecía un plazo para impugnar el silencio administrativo⁸³, lo cual afectaba claramente la naturaleza de dicha garantía,

pues para la citada Ley el silencio administrativo negativo si genera el transcurso de los plazos. En tal circunstancia, resultaría pertinente la interposición del amparo.

Sin embargo, la misma Ley, en una norma absolutamente incorrecta, establecía que si ha transcurrido el plazo para el empleo del contencioso administrativo no existe mecanismo alguno para impugnar la actuación administrativa en cuestión.

⁸³ Artículo 17°.- Plazos
La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos:
(...)
3. Cuando se produzca silencio administrativo, inercia y cualquier otra omisión de las entidades administrativas, el plazo para interponer la demanda será de seis meses computados desde la fecha que venció el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado.
(...)

Esta situación fue corregida, de manera pertinente, por el Decreto Legislativo N° 1067, el mismo que modifica el artículo 17° de la Ley N° 27584, al prescribir que, en el caso del silencio administrativo negativo, se observará lo establecido en el numeral 188.5 del artículo 188° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que define que el silencio administrativo negativo no genera transcurso de plazo. Como resultado, la regulación del silencio administrativo en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo es consistente con lo establecido por la jurisprudencia y la doctrina respecto a dicha materia.

3.1.3.3.2 El caso del acto administrativo tardío

Inclusive, la norma establece el régimen aplicable al acto tardío, señalando que carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la Administración una vez que fue notificada con la demanda contencioso-administrativa. Ello es enteramente lógico, aunque habría sido más pertinente hablar de invalidez antes que de ineficacia, puesto que el acto expreso habría sido emitido cuando el administrado ya le ha otorgado efecto jurídico a la falta de pronunciamiento de la autoridad administrativa.

Por otro lado, si el acto expreso emitido por la autoridad administrativa se produce antes de la notificación de la demanda, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del demandante, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso o concluir el proceso, dependiendo evidentemente del sentido de la decisión administrativa. En el primer caso, el Proceso Contencioso Administrativo por omisión dejaría de ser tal, dado que la impugnación iría dirigida contra una declaración de la administración, en este caso, un acto administrativo.

3.1.3.3.3 La inactividad administrativa material

La Administración Pública no solo incurre en inactividad formal, sino también en aquella en la que incurre omitiendo un comportamiento material, al cual se encuentra obligada por el ordenamiento o por una actuación administrativa.

En estos casos es evidente que también se está incurriendo en una omisión susceptible de ser impugnada por ser ilegal, pero que además puede vulnerar los intereses del administrado.

Ahora bien, puede en este caso considerarse que el proceso a emplearse debería ser el proceso de cumplimiento. Sin embargo, como bien se sabe, a este proceso le afecta también el principio de residualidad o subsidiaridad propia de los procesos constitucionales, situación en la cual el proceso aplicable es el contencioso administrativo por omisión, que como se ha señalado se tramita vía el proceso urgente, cumpliendo con los requisitos establecidos para el mismo.

3.1.3.4. Las actuaciones materiales

La norma establece que también son susceptibles de impugnación las llamadas actuaciones materiales, que constituyen comportamientos y actividades reales de la Administración, que no se configuran en instrumentos legales. A esto último, buena parte de la doctrina lo denomina hecho de la administración, para diferenciarlo del simple acto o del acto administrativo propiamente dicho, lo cual no es óbice para considerar que dicho acto se da en cumplimiento de la función administrativa de la entidad.⁸⁴

⁸⁴ DROMI, Roberto – *Op. cit.*, p. 197.

3.1.3.4.1 Las actuaciones materiales que no se sustentan en actos administrativos

Ahora bien, la norma distingue dos supuestos, la actuación material que no se sustenta en un acto administrativo y aquella que al ejecutar el acto trasgrede el ordenamiento jurídico. El primer caso parece evidente, pero no es así. La forma como la norma está redactada podría hacernos pensar que todo acto administrativo que no se sustenta en un acto administrativo es ilegal, lo cual no es cierto puesto que existen comportamientos materiales que se encuentran sustentados en otras actuaciones administrativas, o en normas en general. En este orden de ideas, todo comportamiento material que carece de sustento vulnera el ordenamiento, siendo susceptible de impugnación a través del Proceso Contencioso Administrativo.

3.1.3.4.2 Los actos de ejecución que vulneran el ordenamiento

Por otro lado, es evidente que puede impugnarse los actos de ejecución que vulneran el ordenamiento. Sin embargo acá existe una controversia que debemos dilucidar respecto al mecanismo de impugnación establecido en la Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, que es la revisión judicial del procedimiento. Este consiste en la revisión judicial de la legalidad y cumplimiento de las normas previstas para su iniciación y trámite y se sustancia ante la Corte Superior.

La propia norma establece que el proceso de revisión judicial será tramitado mediante el Proceso Contencioso Administrativo de acuerdo con el proceso sumarísimo previsto en el artículo 24° de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en la

norma. Pero dicho proceso ha sido reemplazado por el proceso urgente, el cual no se tramita ante la Corte Superior y tiene un trámite eminentemente más sencillo.⁸⁵

3.1.3.5. Las actuaciones sobre el personal dependiente de la Administración Pública

Esta actuación administrativa podría estar incorporada en cualquiera de las antes referidas. Ello porque toda actuación que afecte el personal se configura como un acto de administración interna o como un comportamiento material, como podría ser una rotación, un destaque o la separación del cargo. Sin embargo, resulta de medular importancia señalarla de manera separada para establecer con claridad que las acciones de personal son susceptibles de discusión jurisdiccional a efectos de proteger los derechos de los trabajadores.

A fin de reafirmar este concepto, el Tribunal Constitucional ha considerado, en la célebre sentencia Baylon Flores, que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública⁸⁶. A ello se agrega el hecho de que el artículo 4º, literal 6) de la Ley N.º 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo, dispone que las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la Administración Pública son impugnables a través del Proceso Contencioso Administrativo.

⁸⁵ Artículo 27.- Reglas de Procedimiento
Cualquiera de las pretensiones a que se refiere el presente artículo será tramitada, bajo responsabilidad de quien lo pide, como medida urgente previo traslado a la otra parte por el plazo de tres días. Vencido el plazo, con o sin absolución de la demanda, el Juez dictará en la sentencia la medida que corresponda a la pretensión invocada dentro del plazo de cinco días.

El plazo para apelar la sentencia es de cinco días, contados a partir de su notificación y se concede con efecto suspensivo.

Las demandas cuyas pretensiones no satisfagan los requisitos para la tutela urgente, se tramitarán conforme a las reglas establecidas para el proceso especial

⁸⁶ STC. N° 0206-2005-PA/TC, de fecha 28 de noviembre de 2005, fundamentos 21 y siguientes.

Como resultado, el Tribunal Constitucional ha estimado que la vía normal – y la más idónea- para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el Proceso Contencioso Administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares. Ello dado que la declaración de nulidad de la resolución que decide el despido opera de manera retroactiva, generando que la situación jurídica sea la previa a la emisión de la citada resolución, en la cual el recurrente se encontraba laborando.

Asimismo, el contencioso administrativo permite la concesión de medidas cautelares innovativas y de no innovar⁸⁷, lo cual podría generar inclusive que el trabajador permanezca en su centro de trabajo mientras dure el proceso judicial. Ello incluye las medidas cautelares fuera de proceso, las mismas que no existen en el proceso de amparo.

De la misma manera, el Tribunal ha señalado que el mismo análisis debe efectuarse respecto a las pretensiones por conflictos jurídicos individuales respecto a las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la Administración Pública y que se derivan de derechos reconocidos por la Ley, tales como nombramientos, impugnación de adjudicación de plazas, desplazamientos, reasignaciones o rotaciones, cuestionamientos relativos a remuneraciones, bonificaciones, subsidios y gratificaciones, permisos, licencias, ascensos, promociones, impugnación de procesos administrativos disciplinarios, sanciones administrativas, ceses por límite de edad, excedencia, reincorporaciones,

⁸⁷ Ley N° 27584:
Artículo 37°.- Medidas de innovar y de no innovar
Son especialmente procedentes en el Proceso Contencioso Administrativo las medidas cautelares de innovar y de no innovar.

rehabilitaciones, compensación por tiempo de servicios y cuestionamiento de la actuación de la administración con motivo de la Ley N° 27803, entre otros.

Finalmente, en este caso existe una vía administrativa específica, que implica que la controversia sea dilucidada previamente por el Tribunal del Servicio Civil, conforme lo establecen las normas pertinentes sobre el particular, mecanismo diseñado con la finalidad de servir como filtro a fin de que solamente algunos de los conflictos de materia laboral en los que esté incurso la administración lleguen hasta el Poder Judicial.

3.1.3.6. Las actuaciones administrativas excluidas

3.1.3.6.1 Las excepciones al principio de exclusividad

El principio de exclusividad posee dos excepciones. A diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, el Proceso Contencioso Administrativo peruano no puede ser empleado para impugnar normas administrativas; las mismas que se impugnan a través de un proceso constitucional denominado acción popular, sin perjuicio del ejercicio del control difuso por parte del juez.⁸⁸

La distinción estriba en la naturaleza de la pretensión. Mientras que la pretensión del contencioso administrativo se sustenta en el interés particular del administrado, o en peor de los casos en un interés difuso, la acción popular se sustenta en el interés general. Es por ello que la acción popular puede ser presentada por cualquier persona y el efecto es de aplicación general, puesto que la norma administrativa queda derogada como resultado de la sentencia estimatoria.

En este orden de ideas, la norma reglamentaria se define como el instrumento jurídico de alcance general emitido por la Administración Pública y que afecta a los

⁸⁸ Artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de la Ley N° 27584.

administrados. En consecuencia, los reglamentos constituyen una fuente cualitativa y cuantitativa del derecho administrativo; siendo además normas en sentido material y, que nunca tienen un alcance individual.

En tanto dicha potestad se encuentra regulada por la Constitución y la Ley, los reglamentos no implican una declaración de voluntad, como lo señala erróneamente cierto sector de la doctrina comparada⁸⁹, sino más bien una decisión normativa reglada. La emisión de un reglamento es siempre un acto cognitivo, resultado de un procedimiento previo, debidamente regulado por las normas legales.

Pero los reglamentos no son las únicas normas que las entidades administrativas emiten. Otras normas administrativas están constituidas por las directivas y los instrumentos de gestión, las mismas que tiene en común que no están dirigidas a los administrados (como ocurre con los reglamentos), sino más bien a la propia Administración Pública.

Mientras que las directivas regulan un aspecto determinado la organización administrativa, los instrumentos de gestión se dirigen a la integridad de dicha organización. Son ejemplos de instrumentos de gestión el manual de organización y funciones (MOF) o el Cuadro para Asignación de Personal (CAP).

3.1.3.6.2 Los contratos de derecho público

La segunda excepción al principio de exclusividad se dirige a la ejecución de determinados contratos de derecho público, y en particular, los contratos administrativos regulados por el Decreto Legislativo N° 1017⁹⁰. Las razones de esta previsión legal se enmarcan en dos prioridades aplicadas a la contratación

⁸⁹ DROMI, José Roberto – *Op. cit.*, p. 309.

⁹⁰ Artículo 52° del Decreto Legislativo N° 1017.

administrativa como mecanismo empleado por la Administración Pública para satisfacer necesidades públicas.

En primer lugar, la celeridad del arbitraje es mucho mayor que la que muestra el Poder Judicial, lo cual permite resolver los posibles conflictos generados por la ejecución contractual de una manera más rápida. Una controversia que demande varios años en ser resuelta puede dejar una carretera sin construir o suministros necesarios sin despachar, lo cual afecta el interés general.

En segundo lugar, los mecanismos establecidos para la designación de los árbitros y la tramitación del arbitraje en la contratación administrativa permiten que sea una jurisdicción – consideramos que es tal, lo cual es avalado por precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional⁹¹ – más especializada que la que corresponde al Poder Judicial. Normalmente, los árbitros son designados a partir de registros que establecen un procedimiento para incorporarse a ellos, lo cual otorga una importante garantía de probidad y especialización. De hecho, la revisión del laudo por parte del Poder Judicial es eminentemente excepcional, siendo el mismo definitivo.

El Estado ha recurrido al arbitraje como resultado de la constatación de que su propio Poder Judicial no brinda las garantías necesarias para que el sistema funcione adecuadamente⁹². De hecho, la normativa vigente hasta la promulgación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ya derogada regulaba un mecanismo de resolución de controversias por completo distinto, que consistía en la solución de las controversias por parte de un tribunal administrativo, para que

⁹¹ STC N.º 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 días de febrero de 2006.

⁹² BULLARD GONZALEZ, Alfredo (2006). Enemigos Íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N.º 2. Lima: GrijLey, p. 161 y ss.

luego sea revisado a través del Proceso Contencioso Administrativo vigente en aquel entonces; mecanismo que resultaba ser por completo ineficiente. El empleo del arbitraje en este caso es la verificación de que no todo puede someterse al control jurisdiccional propio del Poder Judicial, por evidentes razones de eficiencia.⁹³

3.1.3.6.3 El caso del Jurado Nacional de Elecciones

Por otro lado, el artículo 142° de la Constitución aparentemente reconoce la existencia de dos tipos de resoluciones estatales que no son impugnables a través de un Proceso Contencioso Administrativo: Las que son emitidas por el Jurado Nacional de elecciones en materia electoral y las emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución de magistrados. Sobre ello es preciso efectuar dos aclaraciones.

La primera, que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral son decisiones jurisdiccionales, no administrativas, razón por la cual no cabe contra las mismas el Proceso Contencioso Administrativo, pero si el proceso de amparo⁹⁴, por las mismas razones por las que cabe dicho proceso constitucional contra resoluciones emanadas de un proceso judicial que no es regular, en aplicación a contrario del artículo 200° de la Constitución.

Ello, sin perjuicio de determinadas circunstancias en las cuales dicho organismo se pronuncia emitiendo decisiones administrativas, las mismas que son susceptibles de ser impugnadas a través del Proceso Contencioso Administrativo, como podrían

⁹³ PAREJO ALFONSO, Luciano (2007). Estudio sobre Arbitraje. En: *Control de la Administración Pública*. México: UNAM, p. 309 y ss.

⁹⁴ SALCEDO CUADROS, Carlo Magno (2005). ¿Qué es materia electoral? A propósito del control jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones”. En: *Actualidad Jurídica N.º 143*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 146 y ss.

ser por ejemplo las declaraciones de vacancia de las autoridades municipales y regionales o la revisión de las sanciones aplicadas a los partidos políticos por parte de la ONPE.⁹⁵

Si bien en este último caso se señala que contra lo resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones no cabe recurso alguno, debe entenderse que ese recurso es administrativo, no jurisdiccional.

Es por ello que se considera que el Jurado Nacional de Elecciones constituye lo que se denomina un tribunal mixto, es decir, un organismo que se comporta como tribunal jurisdiccional o como tribunal administrativo dependiendo de la materia que se encuentre resolviendo. El problema estriba precisamente en el hecho que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico peruano que defina con suficiente claridad que debe considerarse materia electoral para definir la competencia del Jurado Nacional de Elecciones en cada caso. Sin embargo, se considera como materia electoral aquello que ocurra en el contexto de un proceso electoral, con la definición de este que se encuentra contenida en la Ley Orgánica de Elecciones.

3.1.3.6.4 El caso del Consejo Nacional de la Magistratura

Ahora bien, las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura no tienen por qué poseer la calidad que la norma constitucional les atribuye, puesto que admitir ello implicaría permitir el uso arbitrario del poder, que no es admisible en un Estado de Derecho, puesto que las decisiones de dicho organismo constituyen actuaciones administrativas. Ello significa que nada obstaría para que dichas decisiones puedan ser revisadas a través del empleo del Proceso Contencioso Administrativo.

⁹⁵ Artículo 36º, párrafo final, de la Ley de Partidos Políticos.

Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, estableciendo que es posible revisar dichas decisiones cuando las mismas vulneran derechos fundamentales⁹⁶, generando en buena cuenta lo que doctrina denomina una mutación constitucional. Sin embargo, dicha revisión solo podría efectuarse a través del proceso de amparo, lo cual discute el carácter de nuestro Proceso Contencioso Administrativo, en tanto proceso de plena jurisdicción.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha considerado que la limitación contenida en el artículo 142° de la Constitución no puede entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de modo inconstitucional, pues ello supondría tanto como que se proclamase que en el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución Suprema puede ser rebasada o afectada y que contra ello no exista control jurídico alguno que pueda intentarse. El Tribunal ha señalado que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella.

3.1.3.7. La pretensión indemnizatoria

La redacción original del artículo 26° de la Ley N° 27584 preceptuaba que la pretensión de indemnización de daños y perjuicios se planteaba como pretensión principal, de acuerdo con las reglas de los Códigos Civil y Procesal Civil. Esta disposición era por completo incorrecta⁹⁷. Para empezar, porque existe norma sustantiva que regula la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

⁹⁶ LEDESMA NARVAEZ, Marianella (2005). Resoluciones no revisables por el Poder Judicial. En: GUTIERREZ, Walter (dir.) – *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, T. II, pp. 662-663.

⁹⁷ HUAPAYA TAPIA, Ramón (2006). Tratado del Proceso Contencioso Administrativo. Lima: Jurista, p. 883 y ss.

que es el artículo 238º de la Ley N° 27444, el mismo que fuera modificado por el Decreto Legislativo N° 1029; siendo evidente la pertinencia de esta regulación administrativa, dada la particular naturaleza de dicha responsabilidad patrimonial. Por regla general, la Administración Pública actúa en beneficio de los administrados. Sin embargo, es posible que su actuación genere daños a los particulares. Y, el hecho de que su funcionamiento obedezca, supuestamente, al bien común o al interés general no lo exime de la responsabilidad de reparar el daño causado. A la Administración se le permite entonces originar el perjuicio, pero se le asigna la responsabilidad de repararlo⁹⁸.

Un ejemplo muy interesante es la expropiación, perfectamente lícita pero cuyo resarcimiento es obligatorio.

3.1.3.7.1 La perspectiva adjetiva o procesal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

Pero, lo más importante, desde que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública existe - una vez emitida la célebre Sentencia Blanco - se tiene claro que la misma es de competencia de los jueces contencioso administrativo y no del juez especializado civil, razón por la cual la norma procesal aplicable es la que regula el Proceso Contencioso Administrativo. El proceso civil no posee las condiciones requeridas para tramitar una pretensión de esta naturaleza.

La Sentencia Blanco permitió definir el derecho que debía aplicarse en un problema de responsabilidad estatal en la prestación de un servicio público⁹⁹. Agnes Blanco

⁹⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2000). Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, p. 355

⁹⁹ VIDAL PERDOMO, Jaime (1997). Derecho Administrativo. Bogotá, Temis, p. 229.

La concepción francesa a este nivel implicó la determinación de la responsabilidad administrativa sobre bases distintas a las del derecho civil, incorporando en dicha responsabilidad la noción de servicio público en forma directa.

fue una joven que sufrió un accidente producido por una vagoneta que circulaba entre dos edificios en la ciudad de Burdeos. En primer lugar, se determinó que por ser la vagoneta un bien que cumplía un servicio público debía someterse la controversia a la competencia administrativa.

En segundo término, y lo que es más importante, se determinó la directa responsabilidad del Estado en tanto Administración Pública en los daños causados a la joven en mención. El Tribunal de Conflictos determinó que la responsabilidad estatal no se rige por las normas del Código Civil sino por las normas administrativas, lo cual en el caso de nuestra regulación queda claro una vez revisado el artículo 238° de la Ley N° 27444.

3.1.3.7.2 La reforma producida

Ahora bien, el Decreto Legislativo N° 1067 resuelve el problema, pero a medias. Modifica el artículo 5° de la norma, incorporando como pretensión la indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238° de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones señaladas en dicho artículo, vale decir, que el daño sea resultado de una actuación administrativa impugnada.

Y decimos que esta es una solución a medias puesto que no resuelve el problema en el caso de la pretensión indemnizatoria planteada como pretensión principal, llegando al absurdo de asumir que dicha pretensión se tramita a través del proceso civil. En este caso consideramos que debemos recurrir al contencioso administrativo también, así como a las normas administrativas sustantivas aplicables, encontrándose esto último fuera de toda discusión.

ORTEGA, Luis (1995). La Responsabilidad Civil de la Administración Pública. En: *Themis Segunda Época, N° 32*. Lima: Themis, p. 18.

La pretensión indemnizatoria en vía principal, tramitada a través de Proceso Contencioso Administrativo, permite proteger el interés del administrado afectado sin que haya ocurrido una actuación administrativa determinada. Pretender distinguir la vía procesal según si la pretensión es principal o accesoria obligaría al juez civil a emplear la norma administrativa para resolver, lo cual es claramente inconsistente.

Asimismo, el proceso civil no está diseñado para discutir ninguna de las pretensiones provenientes de las relaciones entre los administrados y la autoridad administrativa; siendo más bien el Proceso Contencioso Administrativo el que resulta pertinente para discutir si es que el comportamiento de la entidad administrativa ha vulnerado derechos o intereses de los administrados.¹⁰⁰

El Proceso Contencioso Administrativo en el Perú está diseñado como un proceso eminentemente subjetivo y que tiende a ser de plena jurisdicción.

Para ello es necesario que exista una amplia gama de actuaciones administrativas susceptibles de revisión a través de dicho mecanismo. En dicho ámbito se incluyen no solo declaraciones, sino también omisiones y comportamientos materiales.

Ahora bien, no obstante que existen excepciones al principio de exclusividad, ello no implica que las actuaciones administrativas excluidas no sean susceptibles de revisión jurisdiccional, como es el caso de las normas administrativas y de los conflictos generados en la etapa de ejecución contractual en el contexto de contratación administrativa.

¹⁰⁰ MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRIA, Loretta (2009) La pretensión indemnizatoria en el Proceso Contencioso Administrativo. Lima: Ediciones Legales, p. 67 y ss.

3.1.4 El Proceso laboral peruano como tutela procesal diferenciada:

3.1.4.1 Tutela Ordinaria en materia laboral:

El servicio público de la administración de justicia laboral se fundamenta en un servicio público especial, pues otorga justicia respecto a la solución del conflicto de intereses o elimina la incertidumbre jurídica de naturaleza laboral; todo ello para preservar la paz social en justicia y así mismo evitar la autotutela de derechos e intereses de índole laboral.

La efectiva materialización de los derechos e intereses de orden laboral necesitan de normas adjetivas o procesales. Las normas procesales de índole laboral se encuentran establecidas en Ley Procesal de Trabajo.

Las normas procesales de índole laboral tienden a ser de corte protectorio con intereses sociales a comparación de las normas de derecho procesal civil que se fundamentan en la voluntad privada o autonomía de la voluntad cuyos intereses son estrictamente privados. “El derecho del trabajo, posee un carácter eminentemente protectorio o tutelar, que lo diferencia claramente del derecho civil o del derecho comercial. En efecto, éstos se fundamentan en el principio de la autonomía de la voluntad, que a la vez se basa en la idea de la igualdad de poder negociador entre las partes contratantes, y habilita a cada una de ellas para defender adecuadamente sus intereses. Se trata, además, en estos casos, de intereses estrictamente particulares”.¹⁰¹

¹⁰¹ GAZMURI, Consuelo (2005). La reforma a la justicia laboral. Contenidos, implicancias y perspectivas para una modernización de las relaciones laborales. En: *Mitos y Realidades del Mercado Laboral en Chile*, pp. 59-82, Editorial de la Fundación Friedrich Ebert, Chile, p. 59.

Los derechos laborales materiales sean estos individuales o colectivos deben de tutelarse mediante las normas adjetivas laborales o procesales, que tutelarán o finalmente darán cumplimiento, si corresponde, a los derechos laborales materiales.

El derecho procesal laboral es eminentemente protectorio mediante el cual se disminuye la desigualdad de la relación jurídica entre empleador y trabajador. “Derivada de la calificación del Derecho del Trabajo como un ordenamiento compensador e igualador, que corrige, al menos parcialmente, las desigualdades existentes, y que incide tanto sobre las normas sustantivas como sobre las procesales”.¹⁰²

No pretendemos establecer geográficamente la diferencia entre normas materiales y adjetivas, resaltando la característica instrumental de las normas procesales frente a la autonomía del estudio de las normas procesales, pero debemos resaltar la importancia del derecho procesal del trabajo para materializar en forma efectiva los derechos laborales como una forma de equilibrar la relación jurídica – social entre empleador y trabajador.

En este sentido, los mecanismos de carácter procesal deben dar facilidades de acceso al reclamo y exigencia de los diversos derechos laborales, de corte individual o colectivo, provenientes de derechos constitucionales o fundamentales, así como de los derechos cuyo origen sean provenientes de convenciones colectivas (negociaciones colectivas) o de la costumbre laboral implantada por empleador con sus trabajadores.

La justicia laboral protectora y correctora se enfoca en aminorar o disminuir la desigualdad de la relación jurídica entre trabajador y empleador durante la

¹⁰² BAYLOS, Antonio (1998). La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva. En: *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, vol. 5, España, p. 124.

secuencia del proceso; pero ello no debe llevar a establecer que irracionalmente se deba otorgar la favorabilidad a todas las pretensiones de los trabajadores. “La actuación de los principios propios o esenciales del derecho procesal del trabajo, no tiene por finalidad procurar una sentencia favorable para el trabajador, sino dotar a éste de un conjunto de prerrogativas y herramientas capaces de equiparar las posibilidades del empleador dentro del proceso, para llegar a la verdad”.¹⁰³

3.1.4.2 Tutela diferenciada laboral:

Los problemas sobre los alcances dogmáticos de la administración de justicia laboral y el proceso laboral como disciplina autónoma frente al proceso civil no son los únicos problemas, pues también se suman problemas relacionados con la falta de formalización laboral de los trabajadores, aunado a la falta de implementación de mecanismos para que se cumplan efectivamente el respeto de derechos laborales, conforme las normas internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Problemas que urgen solucionar en cumplimiento a acuerdos y políticas internacionales por parte del Estado Peruano; pues la exigencia es mostrar un país atractivo para la inversión privada internacional ya que se respetarán ciertos estándares y condiciones laborales y el cumplimiento cabal de los derechos laborales.

El denominado “Acuerdo de promoción comercial entre Perú y Estados Unidos de América” y conocido como Tratado de Libre Comercio (TLC), contiene en el capítulo diecisiete respecto al tema laboral, señala que se obligará

¹⁰³ GAUTHIER, Gustavo (2013). Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay. En: *Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC*, vol. 8, Nro. 1, pp. 143-177. Uruguay, p. 177.

internacionalmente al Estado Peruano a hacer cumplir efectivamente en nuestro mercado la legislación laboral, previsional y de seguridad ocupacional, empezando por formalizar al sector informal. Todo un reto histórico que debe perfilar la política gubernamental para el período por iniciarse, en base a un adecuado sistema de inspecciones laborales e incentivos legales (no sólo laborales) para la formalización. “Posturas más escépticas señalan que los compromisos adoptados en los TLC no implicarán necesariamente un mejoramiento progresivo de la legislación laboral vigente. Por el contrario, sólo instan a que los países firmantes se comprometan a garantizar que sus respectivas legislaciones contemplen los derechos fundamentales en el trabajo y que tal protección legal no sea disminuida. (...) Por lo demás, al hacer referencia a la Declaración de la OIT – y no a los Convenios Fundamentales – el capítulo laboral debilita el sistema de control de las normas internacionales del trabajo, fijando mecanismos de control paralelos a las instituciones y conductos regulares de la OIT y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la solución de controversias laborales. En síntesis, desde el punto de vista jurídico, el TLC no incorpora derechos adicionales a las legislaciones de cada Estado contratante, ni tampoco refuerza la eficacia judicial de los derechos laborales ya existentes”.¹⁰⁴

El proceso laboral actual resulta no sólo ser una exigencia de modernización del sistema de administración de justicia, sino también es la exigencia de diversos acuerdos comerciales y de relaciones internacionales que buscan establecer un

¹⁰⁴ FERNANDEZ- MALDONADO MUJICA, Enrique (2008), *Derechos Laborales y Acuerdos de Libre Comercio. TLC con los Estados Unidos y Acuerdo de Asociación Unión Europea – Comunidad Andina*, Centro Peruano de Estudios Sociales, Red Peruana por una Globalización con Equidad, Lima, pp. 30-31.

estándar mínimo de lucha contra la informalidad laboral y el respeto a los derechos laborales dentro del Estado Peruano.

El antecedente inmediato de la Justicia en el tratamiento procesal de las materias laborales, se encuentran la Ley 26636 – anterior Ley Procesal del Trabajo (en adelante ALPT). La ALPT contenía el marco de las normas adjetivas laborales que buscaron dar solución a los conflictos individuales o colectivos de naturaleza laboral, que tenían como objetivo de resaltar la autonomía del proceso laboral frente al proceso civil, pero en su aplicación se originaron problemas de dilaciones comparables con los procesos civiles pese a tener una tutela diferenciada a favor de los trabajadores. Se resaltaron deficiencias tales como la falta de aplicación de los principios laborales materiales y en especial principios procesales de inmediación y celeridad. Esta problemática llegó a repercutir en la sobrecarga procesal y su mala gestión y administración, pues el sistema procesal que imperaba fue la escrituralidad y no el sistema de oralidad.

La Nueva Ley Procesal de Trabajo - Ley 29497 (en adelante NLPT), ha venido impulsando la modernidad mediante la gestión de los procesos bajo el sistema de oralidad o también denominado proceso por audiencias.

La NLPT se ampara en los principios de publicidad, contradicción inmediación, celeridad para la solución rápida de los conflictos de naturaleza laborales, formativa, de seguridad social.

La NLPT se gestó desde el Estado peruano buscando solucionar el problema de sobrecarga procesal y el cambio de paradigma mediante el uso de la oralidad, “siendo Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, el Dr. Mario Pasco Cosmópolis presentó la iniciativa que devenía en proyecto de Ley 3467-2009, para

que el congreso de la República y, fundamentalmente, la Comisión de Trabajo y Seguridad debatiera el tema; y así se hizo, primero en dicho cónclave, luego llevando a cabo conversatorios, reuniones, debates, talleres, foros y hasta viajes a los países aledaños al nuestro que han implementado la oralidad del proceso laboral”.¹⁰⁵

Gustavo Gauthier al referirse a la reforma del proceso laboral en Uruguay a partir de la aprobación de la Ley N° 18.572 en 2009 modificada por la Ley N° 18.847 de 2011, en donde se creó dos procedimientos especiales para tramitar los juicios laborales que hasta ese momento se regían por el proceso civil, opina sobre los problemas de la actividad probatoria judicial en materia laboral: “En materia probatoria, el legislador no reparó en que a pesar de las modificaciones operadas, los nuevos procesos continúan rigiéndose por el principio dispositivo y que sigue incumbiendo a cada parte la prueba de sus dichos. Desde esta perspectiva la limitación y perentoriedad de las oportunidades procesales para producir prueba, termina afectando al trabajador quien tiene las mayores dificultades en este campo y no necesariamente al empleador que es quien dispone, o debe disponer, de la mayoría de los medios de prueba válidos; bajo esta premisa debe ser analizado este punto, donde deberá procurarse un adecuado equilibrio entre la celeridad, la búsqueda de la verdad real y la tutela efectiva de los derechos sustanciales”.¹⁰⁶

En el Proceso laboral como tutela diferenciada se puede resaltar:

- a) La asimetría de la relación jurídica material entre trabajador y empleador, pues se encuentra la desigualdad probatoria que aqueja al trabajador.

¹⁰⁵ GOMEZ VALDEZ, Francisco (2010). *Nueva Ley procesal del trabajo, Ley 29497, análisis secuencial y doctrinario*, Editorial San Marcos, Perú- Lima, pp. 36-37.

¹⁰⁶ GAUTHIER, Gustavo (2001). Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay, Ob. cit., pp. 171-172.

El proceso laboral un mecanismo efectivo para disminuir la desigualdad probatoria mediante la aplicación de principios y reglas en la dinámica del proceso laboral.

La prueba en el proceso laboral tiende a la protección frente a la desigualdad probatoria entre empleador y trabajador, este mecanismo se puede advertir del artículo III del Título Preliminar de la NLPT en donde se establece como fundamentos del proceso laboral: “En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuesto procesales en sentido favorable a la continuación del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

- b) La prueba laboral debe de discurrir en el nuevo sistema oral en forma inmediata y dinámica para tener un proceso laboral oral, célere, con inmediación, con concentración de actos procesales, buscando la economía procesal y respetando la veracidad.

Los principios del nuevo proceso laboral establecidos en el artículo I del Título Preliminar de la NLPT¹⁰⁷, enfocan el sistema oral respecto a la actividad probatoria de los procesos laborales.

¹⁰⁷ Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497.
Artículo I.- Principios del Proceso Laboral
El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

Los procesos bajo el sistema de oralidad son los procesos ordinarios (ver artículos 42° al 47° de la NLPT) y abreviados laborales (ver artículos 48° al 49° de la NLPT).

Los procesos que se encuentran bajo el sistema escriturales son: los procesos de impugnación de laudos arbitrales económicos (ver artículos 50° al 53° de la NLPT), el proceso cautelar (artículo 54° al 56° de la NLPT), proceso de ejecución (ver artículos 57° al 63° de la NLPT) y en los procesos no contenciosos (ver artículos 64° al 68° de la NLPT).

- c) Se destaca la prevalencia de la oralización de la prueba sobre lo expresado en forma escrita.

El numeral 12.1 del artículo 12° de la NLPT, dispone que en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia.

El sistema oral en la actuación de la prueba trae consigo la exigencia de destrezas y habilidades por parte de los abogados demandantes o demandados, tal es el caso que resultará llamativo aquella exposición oral pobre de un documento no resaltando lo importante o llamativo del contenido; no se podrá incorporar datos importantes al proceso pues si hubiese sido correcta la técnica de oralización se podría haber afirmar hechos postulados por las partes referidas al objeto de prueba laboral.

3.2. Resultados Normativos:

3.2.1. Derecho Interno:

Constitución Política del Estado

Artículo 23°:

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

Artículo 27°: La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho "a no ser despedido arbitrariamente". Sólo reconoce el derecho del trabajador a la "protección adecuada" contra el despido arbitrario. (Sentencia del Tribunal Constitucional referida al Expediente N° 976-2001.AA/TC, en su Fundamento 11 y que fue publicada en el diario oficial el peruano del 13. 05.2003.)

3.2.2. Derecho comparado:

3.2.2.1 En Colombia:

Decreto 2663 de 1950

CAPITULO VI

TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO.

ARTICULO 61. TERMINACION DEL CONTRATO. Subrogado por el art. 5, de la Ley 50 de 1990. **El nuevo texto es el siguiente**

1. El contrato de trabajo termina:

- a). Por muerte del trabajador;
- b). Por mutuo consentimiento;
- c). Por expiración del plazo fijo pactado;
- d). Por terminación de la obra o labor contratada;
- e). Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento;
- f). Por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días;
- g). Por sentencia ejecutoriada;
- h). Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o., del Decreto Ley 2351/65, y 6o. de esta Ley,

NOTA: El literal h) fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, sólo en los términos de la sentencia C-1507 de 2000; bajo cualquiera otra interpretación, tales normas se declaran INEXEQUIBLES.

- i). Por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato.

2. En los casos contemplados en los literales e) y f) de este artículo, el empleador deberá solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores de este hecho. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social resolverá lo relacionado con el permiso en un plazo de dos (2) meses. El cumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente.

ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Modificado por el art. 7, Decreto 2351 de 1965. **El nuevo texto es el siguiente:** Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

A). Por parte del empleador:

1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.
2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.
3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.

NOTA: El numeral 3 fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-299 de 1998, bajo el entendido de que para aplicar esta

causal es requisito indispensable que se oiga previamente al trabajador en ejercicio del derecho de defensa.

4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia de 2014.

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.

8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.

9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.

10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.

11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.

12. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del empleador o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.

13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1443 de 2000, bajo la condición señalada en esta sentencia. Es decir, que el empleador cuando el trabajador haya cumplido los requisitos para obtener su pensión, no puede dar por terminado el contrato de trabajo, en forma unilateral, por justa causa, si previamente al reconocimiento de la pensión de jubilación, omitió consultar al trabajador si deseaba hacer uso de la facultad prevista en el artículo 33, parágrafo 3, de la Ley 100 de 1993. Bajo cualquier otra interpretación, se declara INEXEQUIBLE.

15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

B). Por parte del trabajador:

1. El haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo.
2. Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del empleador con el consentimiento o la tolerancia de éste.
3. Cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas.
4. Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el empleador no se allane a modificar.
5. Todo perjuicio causado maliciosamente por el empleador al trabajador en la prestación del servicio.
6. El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales.
7. La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató, y

8. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

PARAGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

3.2.2.2 En México:

LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1° de abril de 1970

TEXTO VIGENTE

Última reforma publicada el 17-01-2006

CAPITULO IV

Rescisión de las relaciones de trabajo

Artículo 46.- El trabajador o el patrón podrá rescindir en cualquier tiempo la relación de trabajo, por causa justificada, sin incurrir en responsabilidad.

Artículo 47.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:

I. Engañarlo el trabajador o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador;

- II. Incurrir el trabajador, durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia;
- III. Cometer el trabajador contra alguno de sus compañeros, cualquiera de los actos enumerados en la fracción anterior, si como consecuencia de ellos se altera la disciplina del lugar en que se desempeña el trabajo;
- IV. Cometer el trabajador, fuera del servicio, contra el patrón, sus familiares o personal directivo administrativo, alguno de los actos a que se refiere la fracción II, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo;
- V. Ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales durante el desempeño de las labores o con motivo de ellas, en los edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo;
- VI. Ocasionar el trabajador los perjuicios de que habla la fracción anterior siempre que sean graves, sin dolo, pero con negligencia tal, que ella sea la causa única del perjuicio;
- VII. Comprometer el trabajador, por su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en él;
- VIII. Cometer el trabajador actos inmorales en el establecimiento o lugar de trabajo;
- IX. Revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa;
- X. Tener el trabajador más de tres faltas de asistencia en un período de treinta días, sin permiso del patrón o sin causa justificada;

XI. Desobedecer el trabajador al patrón o a sus representantes, sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado;

XII. Negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades;

XIII. Concurrir el trabajador a sus labores en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico o droga enervante, salvo que, en este último caso, exista prescripción médica. Antes de iniciar su servicio, el trabajador deberá poner el hecho en conocimiento del patrón y presentar la prescripción suscrita por el médico;

XIV. La sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador una pena de prisión, que le impida el cumplimiento de la relación de trabajo; y

XV. Las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes en lo que al trabajo se refiere.

El patrón deberá dar al trabajador aviso escrito de la fecha y causa o causas de la rescisión.

El aviso deberá hacerse del conocimiento del trabajador, y en caso de que éste se negare a recibirlo, el patrón dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, deberá hacerlo del conocimiento de la Junta respectiva, proporcionando a ésta el domicilio que tenga registrado y solicitando su notificación al trabajador.

La falta de aviso al trabajador o a la Junta, por sí sola bastará para considerar que el despido fue injustificado.

Artículo 48.- El trabajador podrá solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario.

Si en el juicio correspondiente no comprueba el patrón la causa de la rescisión, el trabajador tendrá derecho, además, cualquiera que hubiese sido la acción intentada, a que se le paguen los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se cumplimente el laudo.

Artículo 49.- El patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el artículo 50 en los casos siguientes:

- I. Cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año;
- II. Si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo;
- III. En los casos de trabajadores de confianza; IV. En el servicio doméstico; y
- IV. Cuando se trate de trabajadores eventuales.

Artículo 50.- Las indemnizaciones a que se refiere el artículo anterior consistirán:

- I. Si la relación de trabajo fuere por tiempo determinado menor de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de la mitad del tiempo de servicios prestados; si excediera de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de seis meses por el primer año y de veinte días por cada uno de los años siguientes en que hubiese prestado sus servicios;
- II. Si la relación de trabajo fuere por tiempo indeterminado, la indemnización consistirá en veinte días de salario por cada uno de los años de servicios prestados;

III. Además de las indemnizaciones a que se refieren las fracciones anteriores, en el importe de tres meses de salario y en el de los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se paguen las indemnizaciones.

Artículo 51.- Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador:

I. Engañarlo el patrón, o en su caso, la agrupación patronal al proponerle el trabajo, respecto de las condiciones del mismo. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador;

II. Incurrir el patrón, sus familiares o su personal directivo o administrativo, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos;

III. Incurrir el patrón, sus familiares o trabajadores, fuera del servicio, en los actos a que se refiere la fracción anterior, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo;

IV. Reducir el patrón el salario del trabajador;

V. No recibir el salario correspondiente en la fecha o lugar convenidos o acostumbrados;

VI. Sufrir perjuicios causados maliciosamente por el patrón, en sus herramientas o útiles de trabajo;

VII. La existencia de un peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas el establecimiento o porque no se cumplan las medidas preventivas y de seguridad que las leyes establezcan;

VIII. Comprometer el patrón, con su imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en él; y

IX. Las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes, en lo que al trabajo se refiere.

Artículo 52.- El trabajador podrá separarse de su trabajo dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se dé cualquiera de las causas mencionadas en el artículo anterior y tendrá derecho a que el patrón lo indemnice en los términos del artículo 50.

3.3. Resultados jurisprudenciales

3.3.1. Poder Judicial

Casación N° 8312-2012-Cajamarca

Aplicación del principio de favorecimiento del proceso

El trabajador Teófilo Guzmán demanda a la Municipalidad Provincial de Cajamarca, solicitando que se declarase la invalidez de su despido, así como la reincorporación a su puesto de trabajo.

La entidad emplazada interpuso una excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa. Argumentaba que el demandante no había adjuntado al escrito de su demanda la carta notarial con la que debería haber dado inicio a la vía administrativa, ni la resolución de alcaldía que pondría fin a dicha vía previa.

El juez de primera instancia declaró fundada la referida excepción, argumentando que el cese se produjo mediante un acto administrativo: la carta del 22 de agosto de

2011 firmada por el jefe de recursos humanos de la entidad. Por consiguiente, señalaba el juez, el demandante debió hacer valer los recursos que le faculta la Ley del Procedimiento Administrativo General antes de recurrir a las instancias judiciales. Dicha decisión fue acogida esencialmente por la Corte Superior.

Impugnada esta decisión en sede casatoria, la Corte Suprema verificó que el demandante estuvo vinculado a la entidad a través de un contrato verbal. También que dicho contrato fue extinguido de manera unilateral por la municipalidad, a través de una carta del 22 de agosto de 2011. Asimismo, constató que el trabajador continuó laborando para la entidad hasta el 31 de agosto, fecha en que se ejecutó materialmente el despido.

Por consiguiente, la Sala Suprema manifestó que la extinción de la relación laboral se produjo el 31 de agosto por un acto material (y no por un acto administrativo). Esto determinaba, a su vez, que no resulte exigible el agotamiento de los recursos previos en sede administrativa para impugnar el despido ante el Poder Judicial.

Señala además que, para amparar la pretensión del trabajador, no resulta necesario que el despido de “hecho” se encuentre contemplado entre las causales de inexigibilidad del agotamiento de la vía administrativa (art. 19 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo). Es más, la Sala Suprema recurre al “principio de favorecimiento del proceso”, por el cual el juez no puede rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. Dicho principio también determina que el juez deba tramitar el proceso cuando tenga una duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda.

Por estas consideraciones, la Suprema declaró infundada la excepción incoada por el demandado, ordenando al juez de primera instancia que continúe la tramitación del proceso.

CAPITULO IV

DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Discusión doctrinaria:

4.1.1. Posturas o argumentos a favor

El neoconstitucionalismo es un nuevo paradigma en el derecho, que se presenta como una verdadera promesa para la teoría del derecho. Es, sin duda, la revolución teórica y práctica más importante que vive el derecho continental europeo, en aras de reelaborar su concepción de ley y de derecho, dejando atrás meras elaboraciones de códigos o leyes, y basándose más bien en acuerdos y sentencias de los tribunales que construyen un derecho sobre la base de los textos de estos acuerdos y de la integración de diversos sistemas jurídicos. Las decisiones ya no están más en manos de legisladores, sino de jueces. Por otro lado, esta nueva visión puede ser entendida como un acercamiento de la ideología jurídica continental hacia la perspectiva pragmática y menos principista del derecho norteamericano.¹⁰⁸

El neoconstitucionalismo supera al positivismo jurídico y del formalismo procesal; en países de una modernidad tardía, era urgente el despertar del sueño dogmático, así pues, el neoconstitucionalismo aporta una nueva metodología jurídica a partir de las bases constitucionales, otorgando nuevas ideas que permiten revisar posiciones tradicionales, incapaces de transformar la realidad por la vía jurídica.¹⁰⁹ Por ello, debido a su gran importancia para el mundo jurídico y para las

¹⁰⁸ Según Pedro GRÁNDEZ CASTRO en la presentación de la obra de PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). Serie Derechos y Garantías: *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Editorial PALESTRA EDITORES, Lima, p. 11-12.

¹⁰⁹ CAMBI, Eduardo (2011). "*Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*". 2º Edición. Sao Paulo, Editoria Revista dos Tribunais Ltda, p. 21.

sociedades contemporáneas en general, el objetivo del presente artículo es dar a conocer los alcances e implicancias del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma en el derecho.

En este sentido no existe ninguna zona en penumbra del ordenamiento jurídico que no sufra irradiación de la constitución política, es en este sentido debe realizarse un análisis del despido contenido en la actuación material administrativa, valorando el derecho fundamental al trabajo, así como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

En esta postura si bien es cierto se establece que las actuaciones administrativas son actos administrativos y actuaciones materiales administrativas, estableciéndose una clara distinción y tratamiento¹¹⁰.

Es en este camino que debe establecerse que el acto administrativo es una declaración de la administración de voluntad de la administración pública emitida por funcionario público competente, el mismo que emite dicho acto debidamente motivado o justificado que sea resultado del procedimiento administrativo, así como debe contener un objeto física y jurídicamente posible debiendo tener como finalidad el interés público.

En cambio, el hecho administrativo o también denominado acto material administrativo, son actuaciones administrativas que generan efectos jurídicos tales como actos de administración interna y la ejecución de los actos administrativos; es en este sentido que se puede diferenciar claramente que los hechos administrativos no contienen los requisitos exigibles para todo acto administrativo (competencia,

¹¹⁰ Cfr. MORON URBINA, Juan Carlos (2008). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica.

objeto, finalidad pública, procedimiento y motivación).

Es así, que establecida la distinción de hecho administrativo y acto administrativo se puede señalar que para el caso de los actos administrativos debe regir en forma ordinaria el agotamiento de la vía administrativa y sobre el caso de los hechos o actos materiales administrativos, no es necesario agotar la vía administrativa.

Es así, que el despido arbitrario que se puede materializar en cada una de las actuaciones administrativas (hecho administrativo o acto administrativo); deberá diferenciarse la modalidad de despido arbitrario para agotar la vía administrativa previamente antes de acudir a la revisión judicial mediante el proceso judicial laboral para obtener una tutela procesal efectiva.

La perspectiva de esta posición deja entrever que para algunos casos de despido arbitrario que se contengan en hechos o actos materiales, no será necesario agotar la vía administrativa para acudir al poder judicial; mientras que para los casos de despidos arbitrarios contenidos en actos administrativos (ejemplo resoluciones administrativas) necesariamente deben de agotar la vía administrativa mediante la interposición de los respectivos recursos administrativos (reconsideración o apelación conforme corresponda).

En esta perspectiva no hace precisión, acerca de qué modalidad de despido arbitrario (nulo, incausado o fraudulento) se encuentra en actos administrativos o se trata de hechos administrativos; dado que sólo en caso de despidos arbitrarios contenidos en hechos administrativos se les exonera del agotamiento de la vía administrativa.

4.1.2. Posturas o argumentos en contra:

Los actos de administración pública pueden establecerse o expresarse en diversos actos y hechos que son parte de su función o relación funcional frente a los administrados.¹¹¹

Los actos de administración pública pueden ser impugnados previamente ante la administración pública y posteriormente revisadas en el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo y si corresponde mediante el proceso de amparo cuando se afecte derechos constitucionales.

En este sentido todo acto de la administración (hecho y acto administrativo), requieren necesariamente del agotamiento de la vía administrativa; es decir que se le otorga a la administración pública la oportunidad de poder revisar o volver a evaluar sus propios actos, sumándose como una garantía formal tanto para el administrado como para la Administración pública.

En esta perspectiva el agotamiento de la vía administrativa para toda actuación administrativa se vuelve una exigencia natural y obligatoria para todo administrado que busca una petición conforme a derecho.

Es así, que esta postura establece que también el despido arbitrario ejecutado por la Administración Pública constituirá un acto o hecho administrativo que debe recorrer previamente su cuestionamiento ante la Administración pública y posteriormente ser impugnado judicialmente. Cabe mencionar que el despido arbitrario conforme a la Sentencia del tribunal Constitucional Nro. 976-2011-AA/TC puede ser: despido nulo¹¹², despido incausado¹¹³ y despido fraudulento¹¹⁴.

¹¹¹ Cfr. DROMI, Roberto (2000). Derecho administrativo. Buenos Aires - Argentina.

¹¹² **Despido nulo:**

Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación del trabajador a un sindicato o la participación en actividades sindicales. Artículo 29° inciso a. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N°003-97-TR (27.03.97).
Se protege la libertad sindical. Esta libertad tiene dos aspectos: individual y colectiva. En el aspecto individual se refiere al derecho del trabajador a afiliarse a un sindicato o realizar actividades sindicales. En cambio, en el aspecto colectivo se refiere al derecho que tiene el sindicato de organización y de ejercer libremente sus actividades. En esta causal se hace referencia a la libertad sindical en su aspecto individual.
La protección a la libertad sindical comprende al derecho de afiliarse a un sindicato y el derecho de participar en actividades sindicales comprende el derecho a constituir organizaciones sindicales y de afiliarse a las ya existentes. La actividad sindical es el objeto de la libertad sindical y puede ser desarrollada por un solo trabajador e, inclusive, sin la existencia de un sindicato.
- b) Por ser candidato a representante de los trabajadores debidamente escrito o actuar o haber actuado en esa calidad. En el caso de candidatos, es nulo el despido si se produce en el período correspondiente entre los 30 días anteriores a la realización del proceso de elección y los 30 días posteriores a la conclusión de éste. En el caso de representantes de los trabajadores, el despido es nulo si se produce hasta 90 días después de haber cesado en el cargo. Artículo 29° inciso b. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N° 003-97-TR (27.03.97) y artículo 46°, D.S. N°001-96-TR (26.01.96).
Esta causal solo puede ser invocada por quienes postulan, han sido elegidos, han cesado en cargos que gozan del fuero sindical. El ámbito de protección de despido nulo se restringe a la esfera sindical.
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que se configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (injuria y faltamiento de palabra en agravio del empleador, sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores). Es nulo el despido si la queja o reclamo ha sido planteado contra el empleador ante las autoridades administrativas o judiciales competentes y se acredita que está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores. La protección se extiende hasta 3 meses después de expedida la resolución consentida que cause estado, o ejecutoriada que ponga fin al procedimiento. Artículo 29°, inciso c. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N°003-97-TR (27.03.97); y artículo 47°, D.S. N° 001-96-TR (26.01.96).
El empleador tiene el derecho de recurrir contra su empleador para reclamarle respecto de los incumplimientos e infracciones que realice, habiéndose creado instituciones y mecanismos procesales para tal efecto.
Se sanciona la nulidad del despido adoptado como represalia del empleador contra el trabajador que ha presentado una queja o participado en un proceso en contra de él para la defensa de sus derechos, ante las autoridades competentes.
Las autoridades competentes ante las cuales de interponerse la queja o iniciar el proceso que origine la represalia, son únicamente las autoridades administrativas y judiciales.
El demandante debe acreditar que su despido está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores.
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma. Se considera discriminación una notoria desigualdad o el trato marcadamente diferenciado a un trabajador que no se encuentra sustentado en razones objetivas. También es nulo el despido que, basado en motivos discriminatorios, afecte el empleo de trabajadores con discapacidad. Artículo 29°

inciso d. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N° 003-97-TR (27.03.97), artículo 48°, D.S. N° 001-96-TR (26.01.96) y artículo 31° Ley N° 27050(06.01.99).

Se entiende por discriminación cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo, raza, religión, o ideas políticas que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación. Esta causal tiene como sustento el mandato constitucional de no discriminación.

Para considerar un acto como discriminatorio deben existir tres elementos: una restricción, un motivo determinante y un resultado objetivo.

Es necesario que la conducta discriminatoria se traduzca en una notoria desigualdad o en el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores. Se exige que los factores de diferenciación se aprecien en un sentido bilateral, esto es, recurriendo a la comparación del trato dispensado a varios trabajadores.

Para que una conducta no resulte discriminatoria tiene que encontrar justificación en una necesidad de la empresa y no existir otras alternativas.

- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Ello es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. Artículo 29° inciso e. Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- f) Que el trabajador sea portador del VIH/ "SIDA". Las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones. Es nulo el despido laboral cuando la causa es ser portador del VIH/SIDA. Artículo 6°, Ley N° 26626 (20.06.96)

¹¹³ **Despido Incausado:**

Se produce el denominado despido incausado, cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

Jurisprudencia Sobre Despido Incausado: STC. N° 976-2001-AA/TC.

El despido incausado, establecido en la sentencia N° 976-2001-AA/TC, se produce según ésta 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 sólo 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 las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso.

En consecuencia, la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad y por consiguiente, el despido del demandante carece de efecto legal, por lo que, en mérito de la finalidad restitutoria propia del proceso de amparo, procede la reincorporación del demandante en el cargo que venía desempeñando en su centro de trabajo.

¹¹⁴ **Despido Fraudulento:**

Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la "fabricación de pruebas". En el caso en concreto la trabajadora demostró que el empleador fundamentó su despido en hechos falsos e inexistentes, en la medida que

Es así, bajo esta posición el despido arbitrario en la dirección de estas modalidades constituiría actos de administración. que necesitan necesariamente de impugnación administrativa para la revisión de sus propios actos y como exigencia para el agotamiento de la vía administrativa.

Es así, que tendrá que retardarse la tutela diferenciada del proceso laboral para conocer o ejercer la revisión de los despidos arbitrarios ejecutados por la administración pública mediante cualquiera de sus actuaciones.

Manuel Alonso García, precisa que un sentido estricto y rigurosamente técnico, el concepto de despido ha de referirse a la extinción que se produce por la voluntad unilateral del empresario, exista o no causa justificada.¹¹⁵

Carlos Blancas Bustamante hace hincapié en el "rol decisivo que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, [...] calificando con dicha expresión a toda extinción de la relación de trabajo que reconozca en la voluntad del empleador su fuente productora". Debe añadirse, según el mismo autor, que el despido es "una institución causal" en cuanto sólo se admite como facultad o potestad del empleador en la medida [en] que se configure una "causa justa" que habilite el ejercicio de la misma". Este último aspecto importa una de las manifestaciones del derecho al trabajo reconocido por el artículo 22° de la Constitución, en el sentido de que nadie puede ser despedido sino por causa justa.¹¹⁶

éste último no ha probado que la demandante tenía la obligación de atender. Los requerimientos de la SUNAT y que se le había informado de tal hecho. Por consiguiente, el despido se basó en una causa inexistente o irreal equiparable al despido incausado, constituyendo un acto lesivo del derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario, amparados por los arts. 22° y 27° de la Constitución. En cuanto al pago de las remuneraciones devengadas y los intereses legales, ya que este reclamo tiene naturaleza indemnizatoria y no resarcitoria o restitutoria, se deja a salvo el derecho de la demandante para que los haga valer en forma legal que corresponda.

¹¹⁵ ALONSO GARCIA, Manuel (1981). Curso del Derecho del Trabajo. Editorial Ariel. 7ma Edición. Madrid, p. 559

¹¹⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2002). El Despido en el Derecho Laboral Peruano. Ara Editores. Lima, p. 48.

4.1.3. Posición o argumentos personales

La tutela procesal laboral busca dar atención a los conflictos laborales en especial dando atención prioritaria al trabajador; pues se puede observar la existencia de una relación jurídica material desigual o asimétrica desde el inicio provenientes de la desigualdad económica y expresadas en desigualdades probatorias frente al empleador público.

Es así, que no sólo debe establecerse una tutela procesal efectiva en materia laboral si se hace un trato diferenciado al trabajador en determinadas situaciones que la vía ordinaria laboral o normal no podrá cubrir o proteger adecuadamente. Tal es el caso como situación especial y excepcional el despido arbitrario que constituye una extinción de la relación laboral mediante el cual el empleador da concluido la relación laboral de manera unilateral.

En este sentido los despidos contenidos en actos administrativos provenientes de un procedimiento administrativo disciplinario o de una sanción administrativa en el ámbito de la administración pública deberá ser materia de cuestionamiento mediante la vía administrativa hasta su agotamiento mediante los respectivos recursos administrativos; sin embargo, en el caso del despido arbitrario debe establecerse una tutela procesal diferenciada al trabajador, por ser una situación especial, debiéndose exonerar en todo caso del agotamiento de la vía administrativa bien sea contenido en acto administrativo o hecho administrativo.

4.2. Discusión normativa:

4.2.1. Análisis o discusión de la normatividad interna:

En el caso de las modalidades del despido arbitrario (nulo, incausado y fraudulento), no se puede establecer legislación normativa concreta, pues la distinción de las modalidades de despido fue incorporada vía jurisdiccional

mediante diversas sentencias del Tribunal Constitucional que reinterpretaron bajo los ámbitos del neoconstitucionalismo la protección frente al despido arbitrario reconocido por la Constitución Política del Perú, en su artículo 27°, que dispone: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Que, es así, Solo reconoce el derecho del trabajador a la “protección adecuada” contra el despido arbitrario. (Sentencia del Tribunal Constitucional referida al Expediente N° 976-2001.AA/TC)

En esta sentencia se desprenden las modalidades del despido arbitrario: nulo, incausado y fraudulento; sin embargo, no existe un claro pronunciamiento respecto a los tratamiento que se le debe otorgar en el Sector Público o mediante la emisión de actos o hechos administrativos, ni se le reconoce la exoneración de la impugnación administrativa; todo ello en consideración a que debe otorgarse una tutela diferenciada en caso de despidos arbitrarios contenidos en la actuación material administrativa al ser una situación especial que merece una atención prioritaria y diferente a cualquier caso de materia laboral.

Es así, qué para el caso de despidos arbitrarios realizados por la Administración Pública, resulta formalmente obligatorio el agotamiento de la vía administrativa para posteriormente exigir su revisión judicial conforme al art. 148° de la Constitución Política del Estado, concordado con el art. 20° del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo y con el art. 226° del Texto único Ordenado de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.¹¹⁷

¹¹⁷ Texto Único Ordenado de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General Artículo 226- Agotamiento de la vía administrativa.

4.2.2. Análisis o discusión del derecho comparado:

En la legislación colombiana como en la legislación mexicana, se reconoce al despido como una forma de extinción de la relación laboral, que puede ejecutarse de manera unilateral por el empleador, dejando a salvo que puede también ser invocada por parte del trabajador cuando se traten de actos de hostilidad o conocidos como actos de despido indirecto que otorgan potestad al trabajador para dar por finalizado la relación de trabajo.

En las legislaciones colombiana, mexicana como la peruana privilegian los principios del debido proceso y la razonabilidad en la aplicación del despido; sin embargo, no se pronuncian sobre el despido como actuación material administrativa ejecutada por la administración pública y si merece el agotamiento de la vía administrativa o su exoneración; además dichas legislaciones no diferencian los despidos de fraudulento, incausado y nulo.

4.3. Discusión jurisprudencial:

4.3.1. Análisis o discusión de la jurisprudencia del Poder Judicial:

Las modalidades de despido arbitrario han sido establecidas jurisprudencialmente mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 976-2001.AA/TC y no legalmente, mediante la reinterpretación de la Constitución Política del Estado, en donde se establece la protección frente al despido arbitrario reconociendo como remedio la reposición ante despidos nulos, fraudulentos e incausados.

En esta sentencia del tribunal constitucional, si bien es cierto reconoce como la vía apropiada a la acción de amparo para la reposición frente a los despidos arbitrarios (en la actualidad mediante el nuevo proceso laboral y con el proceso contencioso administrativo); sin embargo, no se pronuncia sobre la exigencia de agotamiento de la vía administrativa para todos los supuestos de los despidos arbitrarios emitidos como parte de las actuaciones administrativas (hechos administrativos y actos administrativos).

Mientras en la Casación N° 8312-2012-Cajamarca, Y 7167-2012-Arequipa, en donde se pronunciaron sobre la exigencia de hacer valer los recursos que le faculta la Ley del Procedimiento Administrativo General antes de recurrir a las instancias judiciales para el caso del despido ejecutado por la Administración Pública, sin embargo, se trató de un despido arbitrario, cuyo antecedente fue una relación laboral proveniente de un contrato verbal y donde la Administración Pública ejecutó sin la emisión de acto administrativo alguno y por lo cual, se reconoce como un despido de hecho o como una actuación material administrativa. Esto determinaba, a su vez, que no resulte exigible el agotamiento de los recursos previos en sede administrativa para impugnar el despido ante el Poder Judicial.

Señala además que, para amparar la pretensión del trabajador, no resulta necesario que el despido como actuación material administrativa se encuentre contemplado entre las causales de inexigibilidad del agotamiento de la vía administrativa (art. 21° del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo). Es más, la Sala Suprema recurre al “principio de favorecimiento del proceso”, por el cual el juez no puede rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. Dicho principio también determina que el juez deba tramitar el proceso cuando tenga una duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda.

4.4. Validación de hipótesis:

Hipótesis General

Las repercusiones que poseen el despido como actuación material administrativa en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano son la limitación a la tutela procesal diferenciada, los efectos jurídicos que produce la limitación a la tutela procesal diferenciada, y la alternativa de solución jurídica que contribuirá a corregir la limitación a la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano.

4.4.1 Validación de la Hipótesis General:

4.4.1.1 Argumento 1: Argumentos Doctrinales.

Las repercusiones que trae el análisis del despido arbitrario como actuación material de la administración pública, llevan a deslindar entre la forma de protección que ejerce el estado y su protección mediante las normas legales, la misma que debe ser la más adecuada.

Es así, que se puede advertir la existencia de la tutela procesal laboral para la atención a los conflictos laborales frente a la desigualdad material entre trabajador y empleador que se traduce en el proceso laboral.

La tutela procesal efectiva en materia laboral otorga el trato diferenciado al trabajador en determinadas situaciones que la vía ordinaria laboral o normal no podrá cubrir o proteger adecuadamente. Tal es el caso como situación especial y excepcional el despido arbitrario que constituye una extinción de la relación laboral mediante el cual el empleador da concluido la relación laboral de manera unilateral. En este sentido todo despido arbitrario en el ámbito de la administración pública deberá ser materia de cuestionamiento mediante la vía administrativa hasta su agotamiento mediante los respectivos recursos administrativos; sin embargo, en el caso del despido arbitrario como actuación material administrativa debe establecerse una tutela procesal diferenciada al trabajador, por ser una situación especial, debiéndole exonerar del agotamiento de la vía administrativa.

4.4.1.2 Argumento 2: Argumentos Normativos.

En el caso de las modalidades del despido arbitrario (nulo, incausado y fraudulento), no se puede establecer legislación normativa concreta, pues la distinción de las modalidades de despido fue incorporada vía jurisdiccional mediante diversas Sentencias del Tribunal Constitucional que reinterpretaban bajo los ámbitos del neoconstitucionalismo la protección frente al despido arbitrario reconocido en la Constitución Política del Perú, en su artículo 27, que dispone: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Que, es así, que mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho "a no ser despedido arbitrariamente". Sólo reconoce el derecho del trabajador a la "protección adecuada" contra el despido arbitrario. (Sentencia del Tribunal Constitucional referida al Expediente N° 976-2001.AA/TC).

En esta sentencia se desprenden las modalidades del despido arbitrario: nulo, incausado y fraudulento; sin embargo, no existe un claro pronunciamiento respecto a los tratamiento que se le debe otorgar en el Sector Público o mediante la emisión de actos u hecho administrativos, ni se le reconoce la exoneración de la impugnación administrativa; todo ello en consideración a que debe otorgarse una tutela diferencia en caso de despidos arbitrarios al ser una situación especial y especial que merece una atención prioritaria y diferente a cualquier caso de materia laboral.

4.4.1.3 Argumento 3: Argumentos Jurisprudenciales.

Las modalidades de despido arbitrario han sido establecidos jurisprudencialmente mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 976-2001.AA/TC y no legalmente, mediante la reinterpretación de la Constitución Política del Estado, en donde se establece la protección frente al despido arbitrario reconociendo como remedio la reposición ante despidos nulos, fraudulentos e incausados.

En esta sentencia del tribunal constitucional, si bien es cierto reconoce como la vía apropiada a la acción de amparo para la reposición frente a los despidos arbitrarios (en la actualidad mediante el nuevo proceso laboral y con el proceso contencioso administrativo); sin embargo, no se pronuncia sobre la exigencia de

agotamiento de la vía administrativa para todos los supuestos de los despidos arbitrarios emitidos como parte de las actuaciones administrativas (hechos administrativos y actos administrativos).

Mientras en la Casación N° 8312-2012-Cajamarca, se trató un despido arbitrario, cuyo antecedente fue una relación laboral provino de un contrato verbal y donde la Administración Pública ejecutó sin la emisión de acto administrativo alguno y por lo cual reconoce a un despido de hecho o como acto material, es así, que la Sala Suprema manifestó que la extinción de la relación laboral.

4.4.2 Validación de la Hipótesis Específicas:

Hipótesis Específica Nro. 01

La limitación que presenta el despido como actuación material administrativa, en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral peruano, es por cuánto no se ha desarrollado normativa como jurisprudencialmente el supuesto de “despido de hecho” o “despido no contenido en acto administrativo” para luego ser impugnado directamente al Poder Judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa.

4.4.2.1 Validación de la Hipótesis Específica Nro. 01

4.4.2.1.1 Argumento 1: Argumentos Doctrinales.

El despido arbitrario en sus modalidades nulo, fraudulento e incausado, pueden ser materia de pronunciamiento administrativo como parte de las actuaciones administrativas.

Los despidos arbitrarios mencionados pueden ser actos administrativos como también actuaciones materiales, es así, pues en el caso del despido nulo puede estar contenido en acto administrativo como hecho administrativo; el despido

fraudulento puede ser un acto administrativo necesariamente, pues como se sabe se trata de la utilización de pruebas falsas, engaños que lógicamente son contenidos y realizados en un procedimiento disciplinario y aparentemente justificados en el respectivo acto administrativo; mientras que para el caso del despido incausado, se pueden dar los supuestos de dar concluida la relación laboral bajo la conclusión del contrato (escrito o verbal) al cumplimiento del plazo o mediante el curso de una carta o comunicación, pudiendo en éste último caso ser un acto administrativo.

En este sentido se debe distinguir los despidos arbitrarios no contenidos en actos administrativos, tales como los actos materiales, con la finalidad de proceder con la exoneración de la vía administrativa; sin embargo, procurando establecer un mayor reconocimiento a los derechos constitucionales en materia laboral, no se debe establecer diferenciación ante qué clase de despido arbitrario se encuentre, sea este contenido en acto administrativo o en acto material administrativo, sea este despido nulo, fraudulento o incausado; es así, que el legislador debe otorgarle la misma protección pues al final el despido arbitrario es una extinción del vínculo laboral de manera unilateral por el empleador que abusa de su poder de dirección su posicionamiento superior económica, probatoria y jurídicamente frente al trabajador.

4.4.2.1.2 Argumento 2: Argumentos Normativos.

Que, para el caso de despidos arbitrarios contenidos en actos administrativos y emitidos por la Administración Pública, conforme a la legislación actual deberán agotar la vía administrativa previamente a acudir al Poder Judicial, conforme se puede advertir conforme al inc. 5 del art. 19° del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo que prescribe: “Cuando se pretenda impugnar

actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos el plazo será de tres meses a contar desde el día siguiente en que se tomó conocimiento de las referidas actuaciones”. Es así, que como se advierte, del texto literal de esta disposición normativa no se requiere proseguir el agotamiento de la vía administrativa para acudir al órgano jurisdiccional, siendo ello aplicable al despido arbitrario incausado no contenido en acto administrativo mediante carta, resolución o comunicación escrita, pudiéndose darse en caso de cumplimiento de plazo o término del contrato respectivo.

Resultando ser diferente la protección frente al despido arbitrario (incausado, fraudulento y nulo) contenidos en actos administrativos, pues resultará obligatorio el agotamiento de la vía administrativa conforme se puede advertir de la exigencia contenida en los artículos 19, 20 y 21° del TUO del Proceso contencioso Administrativo, pues resulta ser exigible la interposición de recursos administrativos (apelación y reconsideración) para que puedan ser rectificadas o reevaluadas por la Administración Pública; todo ello para cumplir aparentemente una garantía a favor del administrado.

4.4.2.1.3 Argumento 3: Argumentos Jurisprudenciales.

La Corte Suprema en la Casación N° 8312-2012-Cajamarca, reconoce el caso de un despido material o despido de hecho, para el caso de un despido incausado, cuyos hechos se encuentran relacionados al mero cumplimiento del plazo (hecho administrativo); resaltado que para este caso concreto se debe tratar al despido arbitrario como un incausado que no merece tener el agotamiento de la vía administrativa previa para acudir al Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

Esta Casación sólo resalta el principio de favorecimiento del proceso o su continuidad; no resaltando el principio protector laboral para disminuir la desigualdad procesal sobreviniente de la relación laboral de desigualdad entre trabajador y empleador, pues en el caso de despido arbitrario al ser la sanción más grave y que lleva consigo la extinción de la relación laboral, así como la discriminación de uno u otro despido sin valor que todos los despidos resultan ser de situación extraordinaria o especial en contra del trabajador al dejarlo fuera del centro laboral.

4.4.2.2 Validación de la Hipótesis Específica Nro. 02

Hipótesis Específica Nro. 02

Los efectos jurídicos que produce la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral peruano, son las contravenciones a los principios de protección al trabajador sustentados como fundamentos del nuevo proceso laboral peruano.

4.4.2.2.1 Argumento 1: Argumentos Doctrinales.

A comparación del proceso civil el proceso laboral, las relaciones materiales son claramente distinguibles, pues mientras en las relaciones civiles o privadas son inter-partes y hasta provenientes de relaciones jurídicas equilibradas y en donde las partes ostentan la misma condición jurídica. En cambio, en las relaciones laborales existen clara desventajas jurídicas, económicas y probatorias que se traducen en el proceso laboral en donde se ha estructurado bajo el sentido de los fundamentos de protección del trabajador para corregir dichas desventajas traducidas en desequilibrios que restringen la actuación del trabajador.

Bajo estos argumentos sobre la desventaja laboral traducida en el proceso laboral, se debe otorgar tutela jurisdiccional laboral diferenciada en casos de despidos arbitrarios, más aún cuando se trata de despidos de hecho o materializados.

4.4.2.2.2 Argumento 2: Argumentos Normativos.

La limitación para protección frente al despido arbitrario constituye el agotamiento de la vía administrativa previa y exigible como requisito para acudir al Poder Judicial, conforme se puede advertir de lo establecido en el inc. 5 del art. 19° del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo que prescribe: “Cuando se pretenda impugnar actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos el plazo será de tres meses a contar desde el día siguiente en que se tomó conocimiento de las referidas actuaciones”.

En el caso del despido arbitrario incausado no contenido en acto administrativo mediante carta, resolución o comunicación escrita, pudiéndose darse en caso de cumplimiento de plazo o término del contrato respectivo; se podrá exonerar del agotamiento de la vía administrativa para obtener tutela procesal efectiva, no existiendo limitación alguna; mientras que para el caso de despidos arbitrarios (incausados, fraudulentos y nulos) contenidos en actos administrativos, pues resultará obligatorio el agotamiento de la vía administrativa conforme se puede advertir de la exigencia contenida en los artículos 19, 20 y 21° del TUO del Proceso contencioso Administrativo.

4.4.2.2.3 Argumento 3: Argumentos Jurisprudenciales.

Se debe recordar que mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 976-2001.AA/TC se otorgó la protección frente al despido arbitrario reconociendo como medio procesal idóneo el proceso de amparo otorgando como remedio la

reposición frente a los supuestos de despidos nulos, fraudulentos e incausados; es así, que se le otorgó una tutela diferencia, inmediata y sumarísima a los casos de los despidos precisados, pues el proceso de amparo otorga dicha tutela claramente diferencia al trabajador, pues entendió que la protección frente al despido arbitrario debe de gozar de preferencia y protección constitucional inmediata.

Bajo este mismo ámbito también la Casación N° 8312-2012-Cajamarca, exonera de agotamiento de la vía administrativa para el caso de despido incausado como un despido material o hecho administrativo, otorgándole tutela diferenciada.

4.4.2.3 Validación de la Hipótesis Específica Nro. 03

Hipótesis Específica Nro. 03

La alternativa de solución jurídica que contribuirá a corregir la limitación en la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral peruano, es establecer una interpretación de protección a favor del trabajador en caso del despido de hecho garantizándole un tratamiento procesal diferenciado mediante la exoneración del agotamiento de la vía administrativa por provenir de una relación laboral desigual.

4.4.2.3.1 Argumento 1: Argumentos Doctrinales.

El principio de protección o tuitivo a favor del trabajador dentro del proceso laboral, en donde se busca disminuir la desigualdad material jurídica del trabajador y empleador.

Entonces no sólo el despido de hecho debe quedar exonerado del agotamiento de la vía administrativa, sino también los otros supuestos de despido con la finalidad de otorgar una tutela diferenciada, más aún si el despido es una forma de extinción de la relación laboral

4.4.2.3.2 Argumento 2: Argumentos Normativos.

El inc. 5 del art. 19° del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo que prescribe: “Cuando se pretenda impugnar actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos el plazo será de tres meses a contar desde el día siguiente en que se tomó conocimiento de las referidas actuaciones”.

Es así, que para el caso de despido de hecho o material, estos carecen de vía administrativa, siendo el caso para los despidos arbitrarios (incausado, fraudulento y nulo) contenidos en actos administrativos obligatorio el agotamiento de la vía administrativa conforme se puede advertir de la exigencia contenida en los artículos 19, 20 y 21° del TUO del Proceso contencioso Administrativo.

4.4.2.3.3 Argumento 3: Argumentos Jurisprudenciales.

La Sentencia del Tribunal Constitucional N° 976-2001.AA/TC se otorgó la protección frente al despido arbitrario reconociendo como medio procesal idóneo el proceso de amparo, bajo ese mismo sentido la Casación N° 8312-2012-Cajamarca, exonera de agotamiento de la vía administrativa para el caso de despido incausado como un despido material o hecho administrativo, otorgándole tutela diferenciada al exonerar del agotamiento de la vía administrativa en la vía del proceso contenciosos administrativo laboral.

Ambas jurisprudencias buscaron otorgar tutela diferencia al trabajador despedido, sin embargo, no se estableció una línea de preferencia o diferencia de exoneración del agotamiento de la vía para los despidos arbitrarios contenidos en actos administrativos cuestionados en la vía del contencioso administrativo laboral.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Las repercusiones del despido de hecho o despido proveniente de actuación material administrativa emitida por la Administración Pública, deben ser la exoneración del agotamiento de la vía administrativa, mientras que, para los supuestos de despidos arbitrarios contenidos en actos administrativos, de acuerdo a la ley de la materia, se exige el agotamiento de la vía administrativa en el proceso contencioso administrativo laboral.

SEGUNDA: La limitación que presenta el despido como actuación material administrativa, es que no existe una clara distinción dentro de la administración pública como en el Poder Judicial, dando un tratamiento indiscriminado, pues no se tiene en cuenta las modalidades de despido arbitrario (incausado, fraudulento y nulos) emitidos por la Administración Pública realizados mediante hechos administrativos o actos administrativo, en donde para todos los supuestos se exige agotamiento de la vía administrativa, a excepción del despido de hecho (acto material administrativo); deviniendo en la contravención de los principios de protección al trabajador frente a la desigualdad entre trabajador y empleador, cuyos principios resultan ser el sustento del nuevo proceso laboral peruano fundados para disminuir la asimetría de la relación laboral.

TERCERA: Los efectos jurídicos que ocasiona esta limitación sobre la distinción de los despidos arbitrarios, hace que no exista un trato igualitario para toda modalidad de despido (nulo, fraudulento e incausado) contenido o no contenido en acto administrativo u hecho administrativo, pues en este sentido deberá exonerarse del agotamiento de la vía administrativa bajo el principio tuitivo laboral, así como la corrección de la desigualdad de la relación jurídica laboral.

CUARTA: La alternativa de solución jurídica se centra en establecer que el despido de hecho o despido como acto material de la administración pública (normalmente un despido incausado), sea un despido que se encuentre exonerado del agotamiento de la vía administrativa, ello en razón ha realizar un trato diferenciado al trabajador por ser la parte más débil de la relación laboral y en consideración que se debe establecer una tutela diferenciada para dichos casos.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Recomendar al legislador a que cumpla con emitir diversas disposiciones normativas legales para la protección efectiva y diferenciada en las diversas modalidades de despido arbitrario elaboradas por el Tribunal Constitucional, estableciendo sus alcances legislativos, así como su efectiva protección, con la finalidad de que se pueda diferenciar dichas modalidades dentro de los regímenes laborales privados como públicos; en especial poder desarrollar mayores alcances de la proyección de dichos despidos arbitrarios realizados en el sector público, los mismo que se presentan como hechos y actos administrativos.

SEGUNDA: Recomendar al legislador que otorgue tutela diferenciada e igualitaria para la protección del despido arbitrario, exonerando del agotamiento de la vía administrativa para cualquier modalidad de despido emitida por la administración pública contenida en acto u hecho administrativo, al ser una medida gravosa que extingue la relación laboral.

VII. Referencias Bibliográficas:

- ÁGUILA GRADOS, Guido (2011). *El neoconstitucionalismo. Una mirada jurisprudencial*. Editorial San Marcos, Lima.
- ALONSO GARCIA, Manuel (1981). *Curso del Derecho del Trabajo*. Editorial Ariel. 7ma Edición. Madrid.
- ALVA ORLANDINI, Javier (2011). *Estado Constitucional*. 1º edición, Editorial ADRUS, Lima.
- ARAZAMENDI, Lino (2011). *La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis*. 2da. Ed.: Lima - Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- ARCE, Emilio. (2008). *Derecho Individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Editorial Palestra, Lima, Perú.
- ATIENZA, M (1997). *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia. *Las Razones del Derecho*. México: Ediciones Universidad Autónoma de México, 2003. *Argumentación Constitucional Teoría y Práctica*. México: Editorial Porrúa, 2011.
- ATIENZA, Manuel (2004). *Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica*. Editorial Palestra, Lima.
- BAYLOS, Antonio (1998). *La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva*. En: *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, vol. 5, pp. 107-129, España.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2013). *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Jurista Editores, Lima, Perú
- BULLARD GONZALEZ, Alfredo (2006). *Enemigos Íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos*. En: *Revista Peruana de Arbitraje N.º 2*. Lima: GrijLey.
- CALAMANDREI, Piero (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Bs.As, Editorial Bibliográfica Argentina.
- CAMBI, Eduardo (2011). *“Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário”*. 2º Edición. Sao Paulo, Editoria Revista dos Tribunais Ltda.
- CARBONELL, Miguel (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta S.A., Madrid.
- CARVALHO, Rodrigo. (2015). *Tutela Jurisdiccional Diferenciada como medio eficaz de adaptación de prestación jurisdiccional*. Extraído de Internet en www.neofito.com.br.
- CASTILLO CORDOVA, Luis (2008): *“El precedente judicial y el precedente constitucional”*. Ara Editores. Lima.
- CRUZ, Jorge. (2009). *Mercado de trabajo y contrato de trabajo. Compendio de Derecho de trabajo* 2da. Edición, Editorial Tecnos, Madrid, España.
- DE LOS SANTOS, Mabel (2011). *Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal IV*, Lima, Estudio Monroy Abogados, diciembre.

- DIEZ SANCHEZ, Juan José. (2004). Comentarios en torno a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo del Perú. En: *Revista de Administración Pública N° 165*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DROMI, Roberto (2000). Derecho administrativo. Buenos Aires: Ciudad argentina.
- FERNANDEZ- MALDONADO MUJICA, Enrique (2008), *Derechos Laborales y Acuerdos de Libre Comercio. TLC con los Estados Unidos y Acuerdo de Asociación Unión Europea – Comunidad Andina*, Centro Peruano de Estudios Sociales, Red Peruana por una Globalización con Equidad, Lima.
- FRANCO, Homero. (1997). La empresa y el centro de trabajo. En: *Instituciones de Derecho de Trabajo y de Seguridad Social*, 1er. Edición. Academia Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional Autónoma de México D.F.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2008). “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, F. Mantilla Espinosa (ed.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2000). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA PELAYO, Manuel (2007). *Estado legal y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional*. España, ILANUD, año 9-10, Nos. 23-24.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. (2015). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores S.A.C, Lima.
- GAUTHIER, Gustavo (2001). Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay, Ob. cit., pp. 171-172.
- GAUTHIER, Gustavo (2013). Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay. En: *Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC*, vol. 8, Nro. 1, pp. 143-177. Uruguay.
- GAZMURI, Consuelo (2005). La reforma a la justicia laboral. Contenidos, implicancias y perspectivas para una modernización de las relaciones laborales. En: *Mitos y Realidades del Mercado Laboral en Chile*, pp. 59-82, Editorial de la Fundación Friedrich Ebert, Chile.
- GOMEZ VALDEZ, Francisco (2010). *Nueva Ley procesal del trabajo, Ley 29497, análisis secuencial y doctrinario*, Editorial San Marcos, Perú- Lima.
- GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2012). Las actuaciones impugnables en el Proceso Contencioso Administrativo peruano. En: *Revista Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Nro. 11.
- HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar (1997). *Metodología de la Investigación*. Mc Graw Hill, México.
- HERRERO, Luis René (2013). El derecho a ser oído. Eficacia del debate procesal. Ponencia general al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal

(Paraná, 12 al 14 de junio). Extraído de Internet <www.patagonicolegal.com.ar>

- HUAPAYA TAPIA, Ramón (2006). Tratado del Proceso Contencioso Administrativo. Lima: Jurista.
- HURTADO DE BARRERA, Jacqueline (2000). Metodología de la investigación holística, Caracas, Sypal.
- HURTADO DE BARRERA, Jacqueline (2001). Las tendencias holísticas propician un mundo más humano y libre de dependencias ideológicas, 12a. ed., Caracas, Medio Internacional.
- HURTADO REYES, Martín (2000). Embargo en inmueble registrados y no registrados. Lima, Editorial Librería y Ediciones Jurídicas.
- IBARRA CISNEROS, Manuel Alejandro y GONZALEZ TORRES, Lourdes Alicia (2010). La flexibilidad laboral como estrategia de competitividad y sus efectos sobre la economía, la empresa y el mercado de trabajo. [online]. N.231, pp.33-52. ISSN 0186-1042.
- LANDA ARROYO, César (2009). *Autonomía procesal del Tribunal Constitucional*. En: *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*. Estudios de Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de derecho. Editorial IDEMSA. Lima-Perú, abril.
- LAPORTA, Francisco (1987). Sobre el concepto de derechos Humanos. En: *Doxa 4*. Alicante: Universidad de Alicante.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella (2005). Resoluciones no revisables por el Poder Judicial. En: GUTIERREZ, Walter (dir.) – *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica, T. II.
- LEITE, Gisele (2002). Apreciación sobre la acción monitoria. www.mundojuridico.adu.br. También en Génesis Revista de Direito Civil. Curitiba (24): 281-9, enero – marzo.
- LOEWENSTEIN, Karl (1979). Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2001). Tutela Anticipatoria. En: Revista Peruana de Derecho Procesal IV, Lima, Estudio Monroy Abogados, diciembre.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2011). Necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso. ponencia presentada en el XXI Congreso de Derecho Procesal celebrado en San Juan, Argentina los días 13 a 16 de Junio.
- MIGUEL CARBONELL, Leonardo (2010). El canon neoconstitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- MONROY GÁLVEZ, Juan (2000). Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. apuntes iniciales. material de trabajo del seminario de temas procesales realizado por Ius et Veritas el 28 de mayo al 02 de junio en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. (2001). La actuación de la sentencia impugnada. En Themis, Revista de Derecho, Segunda Época /No. 43.
- MONZÓN VALENCIA DE ECHEVARRIA, Loretta (2009) La pretensión indemnizatoria en el Proceso Contencioso Administrativo. Lima: Ediciones Legales.
- MORON URBINA, Juan Carlos (2008). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, p. 58-59. /

- MIR PUIGPELAT, Oriol (2003). El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”. En: *Revista de Administración Pública, N° 153*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.
- MORRELL OCAÑA, Luis (1998). Curso de Derecho Administrativo II. Pamplona: Aranzadi.
- OBANDO BLANCO, Víctor Roberto (2001). El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia. Lima, Editorial Palestra.
- ORTEGA, Luis (1995). La Responsabilidad Civil de la Administración Pública. En: *Themis Segunda Época, N° 32*. Lima: Themis.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2007). Estudio sobre Arbitraje. En: *Control de la Administración Pública*. México: UNAM.
- PÉREZ RAGONE, Alvaro (2001). Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria. *Revista Peruana de Derecho Procesal IV*. Lima, Estudio Monroy Abogados, diciembre.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. (1987). Extinción del contrato de trabajo en Uruguay. AELE Editorial, Lima, Perú.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2007). Serie Derechos y Garantías: *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Editorial PALESTRA EDITORES, Lima.
- PRIORI POSADA, Giovanni (2001). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. En: *Ius et veritas, Año XIII No. 26*.
- QUIROZ SALAZAR, William (2007). Investigación Jurídica. Editorial IMSERGRAF EIRL, Lima.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2001) Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento. Editorial Grijley, Lima.
- RICHARDSON, L. (1997). *Fields of play: Constructing an academic life*. New Brunswick NJ: Rutgers University Press.
- ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la Investigación Científica y Jurídica*. Editorial Fecatt, Lima.
- SALCEDO CUADROS, Carlo Magno (2005). ¿Qué es materia electoral? A propósito del control jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones”. En: *Actualidad Jurídica N.º 143*. Lima: Gaceta Jurídica.
- SÁNCHEZ MORON, Miguel (1991). *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Madrid: Espasa-Calpe.
- SOUZA XAVIER, Sergio (2010). Consideraciones sobre la tutela jurisdiccional diferenciada. Extraído de Internet en www.jus.com.br.
- STC N.º 6167-2005-PHC/TC.
- STC N° 0048-2004-PI/TC
- STC. N° 0206-2005-PA/TC.
- VIDAL PERDOMO, Jaime (1997). *Derecho Administrativo*. Bogotá, Temis
- ZAGREBELSKI, Gustavo (1995). *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. Madrid, Trotta.
- ZELAYARAN DURAN, Mauro (2007). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Ediciones Jurídicas, Lima.

VIII. Anexos

1-A MATRIZ DE CONSISTENCIA:

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO: EL DESPIDO COMO ACTUACIÓN MATERIAL ADMINISTRATIVA Y LA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA DEL TRABAJADOR EN EL PROCESO LABORAL PERUANO					
PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MARCO TEORICO	METODOLOGÍA
General	General	General	VARIABLES DE LA HIPOTESIS GENERAL	SUMARIO	<p>TIPO: Enfoque cualitativo: toda vez que se realizara una investigación dogmática - Jurídica</p> <p>NIVEL: DESCRIPTIVO</p> <p>DISEÑO: NO EXPERIMENTAL LONGITUDINAL</p> <p>MÉTODOS: Los métodos generales de Investigación a emplearse serán:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Método Descriptivo • El método Inductivo <p>Los métodos específicos a emplea en la investigación serán:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Método Dogmático: • Método Hermenéutico • Método Exegético • Método de la Argumentación Jurídica <p>TECNICAS E INSTRUMENTOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Fichajes
¿Qué repercusiones posee el despido como actuación material administrativa en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral de trabajo en el Perú?	Describir qué repercusiones posee el despido como actuación material administrativa en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral de trabajo en el Perú	Las repercusiones poseen el despido como actuación material administrativa en la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral de trabajo en el Perú, son las siguientes:	<p>Variable independiente</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tutela Jurisdiccional efectiva <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tutela Procesal Ordinaria • Tutela Procesal diferenciada <p>Variable Dependiente (i)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Despido <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Incausado. • Fraudulento. • Nulo. • Indirecto. <p>Variable Dependiente (ii)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Actuaciones administrativas <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acto administrativo • Actos de Administración • Actos materiales 	I.- El Despido en el Perú. II.- Actuación material en la Administración Pública III.- Tutela Diferenciada	
Específica 1	Específica 1	Específica 1	Variables de las Hipótesis Especificas		
			Específica 1		

<p>¿Qué limitación presenta el despido como actuación material administrativa, ante la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral de trabajo en el Perú?</p>	<p>Determinar qué limitación presenta el despido como actuación material administrativa, ante la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral de trabajo en el Perú.</p>	<p>La limitación que presenta el despido como actuación material administrativa, ante la tutela procesal diferenciada del trabajador en el proceso laboral en el Perú, es por cuánto no se ha desarrollado normativa como jurisprudencialmente el supuesto de “despido de hecho” o “despido no contenido en acto administrativo” para luego ser impugnado directamente al Poder Judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa.</p>	<p><u>Variable independiente</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Tutela Jurisdiccional efectiva <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tutela Procesal Ordinaria • Tutela Procesal diferenciada <p><u>Variable Dependiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Despido <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Incausado. • Fraudulento. • Nulo. • Indirecto. <p><u>Variable Dependiente (ii)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Actuaciones administrativas <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acto administrativo • Actos de Administración • Actos materiales 	<ul style="list-style-type: none"> • Ficha de análisis documental.
<p>Específico 2</p>	<p>Específico 2</p>	<p>Específico 2</p>	<p>Específica 2</p>	
<p>¿Qué efectos jurídicos produce la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral en el Perú?</p>	<p>Analizar qué efectos jurídicos produce la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral en el Perú</p>	<p>Los efectos jurídicos que produce la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral en el Perú, son las contravenciones a los principios de protección al trabajador sustentados como fundamentos del nuevo proceso laboral peruano, tales como: igualdad entre las partes, el privilegiar el fondo sobre la forma, interpretar los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso y el principio de razonabilidad.</p>	<p><u>Variable Independiente</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Fundamentos del proceso laboral <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Desigualdad material entre empleador y trabajador • Principio tuitivo <p><u>Variable Dependiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Despido <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Incausado. • Fraudulento. • Nulo. • Indirecto. 	

			<p><u>Variable Dependiente (ii)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Actuaciones administrativas <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acto administrativo • Actos de Administración • Actos materiales 		
Específico 3	Específico 3	Específico 3	Específica 3		
¿Qué alternativa de solución jurídica contribuirá a corregir la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral en el Perú?	Exponer qué alternativa de solución jurídica contribuirá a corregir la limitación a la tutela procesal diferenciada por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral en el Perú	La alternativa de solución jurídica que contribuirá a corregir la limitación a la tutela procesal efectiva por parte del despido como actuación material administrativa en el proceso laboral en el Perú, es establecer la interpretación de protección a favor del trabajador en donde en caso del despido de hecho o materiales un tratamiento diferenciado por ser una relación laboral desigual.	<p><u>Variable Independiente</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Fundamentos del proceso laboral <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Desigualdad material entre empleador y trabajador • Principio tuitivo <p><u>Variable Dependiente (i)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Despido <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Incausado. • Fraudulento. • Nulo. • Indirecto. <p><u>Variable Dependiente (ii)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Actuaciones administrativas <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acto administrativo • Actos de Administración • Actos materiales 		