

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA DE DERECHO



EL DESPIDO ARBITRARIO Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS  
EN EL PERÚ

Trabajo de Suficiencia Profesional para Obtener el  
Título Profesional de Abogado

Autor:

Bach. María Alejandra Delgado

Paredes Asesor:

Dr. Ángel Quezada Tomás

Chimbote–Perú

2019

## PALABRAS CLAVES

Tema	EL DESPIDO ARBITRARIO Y SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL PERÚ
Especialidad:	DERECHO

**PALABRAS CLAVES:** Despido Laboral, Despido Arbitrario, indemnización por despido

Theme:	THE ARBITRARY DISMISSAL AND ITS LEGAL CONSEQUENCES IN PERU
Specialty:	LAW

**KEYWORDS:** Labor Dismissal, Arbitrary Dismissal, compensation for dismissal

## **AGRADECIMIENTO**

*Quiero expresar mi gratitud a Dios, por bendecirnos en la vida, por guiarnos a lo largo de nuestra existencia, ser el apoyo y fortaleza en aquellos momentos de dificultad y de debilidad.*

*Mi profundo agradecimiento a mis padres, familiares y amigos que me apoyaron en mi formación profesional.*

*De igual manera mis agradecimientos mis profesores quienes con la enseñanza de sus valiosos conocimientos hicieron que pueda crecer día a día como un buen profesional, gracias a cada una de ustedes por su paciencia, dedicación, apoyo incondicional y amistad.*

**María Alejandra Delgado Paredes**

## **DEDICATORIA.**

*El presente trabajo de Investigación está dedicada a Dios por que ha estado conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar, y a mis padres Julio Delgado y Fermina Paredes, por todo el amor, esfuerzo y apoyo incondicional que me brindan día a día para lograr realizarnos como personas y profesionales.*

**María Alejandra Delgado Paredes**

## INDICE

- I. Resumen
- II. Descripción del Problema
- III. Marco Teórico.
  - Antecedentes Históricos del Despido Arbitrario En El Perú
  - 1. El Despido, Aspectos Generales y su forma de protección en el Derecho Laboral Peruano.
  - 2. Clases del Despido en el Derecho Peruano.
  - 3. El Despido Arbitrario en el Perú.
  - 4. La Adecuada Protección Contra el Despido Arbitrario en Sede Constitucional.
  - 5. El Despido Arbitrario Según el Tribunal Constitucional.
- IV. Análisis del Problema
- V. Conclusiones
- VI. Recomendaciones.
- VII. Referencias Bibliográficas.

## **I. RESUMEN.**

El despido arbitrario es aquel que se produce al cesar a un trabajador por acto unilateral del empleador sin expresión de causa o por que no se pudo demostrar está en juicio.

En estos casos el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido, lo que no impide que pueda simultáneamente demandar el pago de cualquier otro derecho o beneficio social aun no hecho efectivo.

Luego de sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional a partir del 11 de Julio del 2002 (Exp. N° 1124-2001-AA/TC) ha quedado establecido jurisprudencialmente que la indemnización por despido arbitrario solo resulta viable si es que el propio trabajador despedido lo reclama o la acepta recibiendo su aporte.

El despido arbitrario o incausado es aquel que se produce cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna relacionado con su conducta o su desempeño laboral, que la justifique, a tenor del artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728 “ Ley de productividad y competitividad Laboral”.

Si bien la ley, a través del artículo 16° de la Ley de productividad y competitividad Laboral ha regulado las causas por las cuales se puede extinguir el contrato de trabajo, es innegable que en sede ordinaria el despido por una causa justa no contemplada en la ley también deriva en la cesación definitiva de los efectos del contrato de trabajo, con la única diferencia de que en este último caso, el trabajador tendrá derecho a solicitar a su empleador un resarcimiento el cual la ley ha denominado indemnización por despido arbitrario, la que tiene por objeto reparar el daño causado por el cese ilegal ; sin embargo esto no produce que el acto de facto del empleador –el despido arbitrario- pueda ser revertido y se restituya al trabajador. En consecuencia, podemos afirmar que el despido arbitrario constituye una causa extra legal de extinción del contrato de trabajo.

## **I.SUMMARY.**

The text is that which occurs when a worker ceases for a single job. In these cases, the worker is entitled to payment. After successive pronouncements of the Constitutional Court as of July 11, 2002 (Exp. N ° 1124-2001-AA / TC) it has been proven jurisprudentially that compensation for arbitrary dismissal is only viable if you have the worker himself. or accept to receive your contribution. The future of work and work occurs when work, work, verbal communication or written communication occurs. Article 34 of Legislative Decree No. 728 "Labor productivity and competitiveness law". Although the law, through Article 16 of the Labor Productivity and Competitiveness Law, has regulated the causes for which the employment contract can be terminated, it is undeniable that in the ordinary office the dismissal for a just cause not contemplated in The law also derives from the definitive cessation of the effects of the employment contract, with the only difference being that in the latter case, the worker has the right to request from his supplier compensation which the law has been compensated for by arbitrary dismissal, which is intended to repair the damage caused by the illegal removal; However, this does not occur in the employer's de facto act - arbitrary dismissal - it can be reversed and the worker reinstated. Consequently, we can affirm that arbitrary dismissal is an extra legal cause of termination of the employment contract.

## II. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

En la actualidad el despido arbitrario genera un pago indemnizatorio que se encuentra tipificado en el Artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, la misma que equivale a una remuneración y media mensual por cada año completo de labores, con un tope de 12 remuneraciones, el cual corresponde a 8 años de servicios. Este quantum indemnizatorio se da con el propósito de reparar el daño sufrido hacia el trabajador que se encuentra en este régimen privado, limite que afectaría los derechos laborales para aquellos que tienen una antigüedad superior, los cuales no son considerados en la indemnización, se puede decir, entonces, que esta regulación normativa tiene como consecuencia que el trabajador se sienta desprotegido en la ley, recibiendo una indemnización que no es proporcional a los años de servicio, ya que existe un tope máximo establecido, siendo así que el Juez se encuentra en la facultad de hacerla cumplir al margen de que si está es o no igual a los años laborados. Asimismo el despido arbitrario se ha transformado, con el pasar del tiempo, en el principal enfrentamiento entre el principio de continuidad laboral de los trabajadores y el costo del despido para el empleador, ya que con la aprobación y posterior publicación del Decreto Legislativo N° 728, este significo un debilitamiento de la estabilidad laboral que estaba establecido en el artículo 48 ° de la Constitución Política de 1979, considerado como un derecho fundamental, esta reforma legislativa también modifico la reposición que tenía carácter obligatorio, para ser reemplazada por el resarcimiento. Entonces de qué manera la ley le otorga apropiada protección contra el despido, cuando hay un trato desigual ya que se establece un tope máximo de remuneraciones que condiciona el monto de la indemnización, sin tomar en consideración los años laborados, teniendo en cuenta que anteriormente no existía esta escala indemnizatoria. En consecuencia reconocer lo establecido en el artículo 38°, le permite al empleador a realizar este tipo de despidos, considerando que el monto de la indemnización es únicamente para cubrir contingencias originadas por el cese; pero no toma en cuenta los perjuicios que puedan producirse con ocasión a ello, sino que comprende solo los daños que razonablemente debe generar.



### **III. MARCO TEÓRICO**

#### **ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DESPIDO ARBITRARIO**

La reforma laboral que implementó el fujimorismo en la década de los 90 no sólo desarticuló los derechos laborales individuales y colectivos hasta entonces vigentes, sino, afectó los fundamentos mismos del derecho al trabajo. Dicha reforma laboral fue justificada con el pretexto de fomentar el empleo y la formalización laboral. La década de los 90 se caracterizó por la emisión de numerosas normas que modificaron el marco legal laboral del Perú que fueron dictados por el gobierno del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, entre ellas tenemos:

- El Decreto Legislativo N° 650 que se promulgó el 23 de julio de 1991 que reformó el régimen de la compensación por tiempo de servicios o CTS, estableciendo la obligación del empleador de efectuar los correspondientes depósitos en entidades financieras de manera semestral.
- El Decreto Legislativo N° 674 se publicó el 25 de setiembre de 1991, con el cual comienza la privatización de las empresas del Estado, y con ello se produce el despido masivo y arbitrario de trabajadores en el sector público.

Antes de la emisión de una serie de normas en materia laboral por el expresidente Alberto Fujimori existían una marcada estabilidad laboral en el país, lo cual generaban que a los empleadores le resultara sumamente complicado y costoso despedir a sus empleados, por lo cual la tasa de despido era baja, pero a raíz de la toma de mando en el poder del expresidente Fujimori y su producción de normas en materia laboral se permitió el despido masivo de trabajadores en las distintas Entidades Públicas en el Perú.

Esta estabilidad laboral absoluta se encontraban regulada mediante la Ley N° 24514 “Ley que regula el derecho de estabilidad en el trabajo” adoptada el 31 de mayo de 1986 durante el gobierno del Presidente Constitucional de la República Alan García Pérez.

Dicho texto legal fue derogado el 27 de julio de 1995 durante el gobierno del Presidente Constitucional de la República Alberto Fujimori Fujimori mediante la Ley N° 26513, la cual modifica el Decreto Legislativo N° 728.

El Decreto Legislativo N° 728 Ley de Fomento del Empleo dado el 8 de Noviembre 1991 durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori, cuyo texto único ordenado es el Decreto Supremo núm. 003-97-TR adoptado el 21 de marzo de 1997. Dicho Decreto Supremo es el texto legal que permite en el Perú el despido arbitrario, ya que solo establecen en su artículo 38 una indemnización por despido arbitrario que 15 tiene un tope máximo, mediante el mencionado dispositivo legal el despido arbitrario se convierte en una solución sencilla y rápida para que los empleadores se puedan deshacer de sus trabajadores sin tener un motivo justo para tomar tal decisión y con un bajo costo económico.

El Decreto Supremo en mención permite la existencia en el Perú de una estabilidad laboral relativa, la cual se define de manera textual como la facultad que tiene el empleador para terminar la relación laboral sin causa justificada, solo con el pago de una indemnización establecida en ley que tiene un tope máximo.

El derecho laboral en la década de los 90 entro en una situación de crisis e inestabilidad, ya que se le permitió a los empleadores una serie de facilidades legales para poder despedir a sus trabajadores.

La Constitución Política de 1993 establece igualmente una estabilidad laboral pero no se define claramente si es relativa o absoluta. Con el tiempo esta estabilidad laboral relativa ha evolucionado y se han venido dando en la legislación laboral peruana una serie de mejoras que busca proteger al trabajador del despido sin causa justa a través de la emisión de leyes, Plenos Jurisdiccionales en materia laboral y sentencias del Tribunal Constitucional.

Una de estas mejoras en materia de legislación laboral se dan a inicios del año 2001 con la promulgación de la ley 27452 que dispone la creación de la Comisión Especial encargada de la revisión de los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sometidas a procesos de promoción de la inversión privada. La emisión de esta ley se dan luego de haberse verificado lo irregular

de los ceses colectivos ocurridos durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori, se dispuso la restitución de muchos de los trabajadores cesados irregularmente y, en otro caso, la compensación económica correspondiente a los trabajadores afectados.

Asimismo, se dieron normas para ampliar los porcentajes para la contratación de extranjeros, para poder variar unilateralmente los horarios de trabajo y consolidar la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

En la actualidad el despido arbitrario ha sido virtualmente proscrito por el Tribunal Constitucional desde los años 2002 y 2003, al establecer como precedente que ante un despido arbitrario el trabajador puede optar por la reposición mediante un proceso de amparo.

El Tribunal Constitucional desarrolló este criterio sobre la base de la interpretación y del reconocimiento del contenido esencial del derecho al trabajo y apoyándose en el Protocolo de San Salvador y el Convenio 158 de la OIT. El artículo 7 del Protocolo de San Salvador reconoce inequívocamente como derecho de los trabajadores la estabilidad en el empleo y la readmisión.

Hugo Rosas Villanueva abogado laboralista en el artículo titulado “El Fujimorismo borro todos los derechos laborales y precarizo el empleo” extraído de [ronaldinhoponcepresidente.blogspot](http://ronaldinhoponcepresidente.blogspot), señala que el fujimorismo desarticuló todos los derechos laborales y precarizó el empleo, y añade que dentro de las normas que se dieron, la figura del despido arbitrario fue la más perversa. Según el laboralista Rosas, el despido arbitrario ya ha proscrito y lo único que falta es extender su partida de defunción.

## **EL DESPIDO, ASPECTOS GENERALES Y SU FORMA DE PROTECCION EN EL DERECHO LABORAL PERUANO**

La presente sección nos permite, por un lado, describir las garantías legales, constitucionales, y convencionales con las que cuenta el trabajador con ocasión del despido y, por otro, explicar la necesidad de otorgar una adecuada protección reparadora a favor del trabajador cuando se ha extinguido la relación laboral de forma injustificada por decisión unilateral del empleador a través del despido, aspecto que ha ido evolucionado a través de los diversos cambios normativos hasta su modificación jurisprudencial por el Tribunal Constitucional al crear la categoría jurídica de despido incausado y el despido fraudulento.

### **1.- El despido en la Constitución Política del Perú.**

La Constitución Política del Perú recoge diversos artículos que son fundamentales para delimitar el tratamiento del despido, al respecto tenemos:

*“Artículo 1°. - La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”*

Este artículo y el mandato que contiene sobre respeto a la dignidad humana es fundamental a fin de comprender, como señala Arce, el elevado índice de lesión de los derechos fundamentales del trabajador en las relaciones laborales, precisamente por la situación de desequilibrio existente entre el empleador y el trabajador.

El empleador tiene el poder de dirección en la relación laboral, potestad que se desprende de su derecho a la libertad de empresa, por el cual tiene la facultad de decidir cómo se va a desarrollar el contrato de trabajo, siendo sus decisiones obligatorias para el trabajador debido a la subordinación que caracteriza el contrato de trabajo.

Teniendo en cuenta que las decisiones que adopte el trabajador mantienen una presunción de legitimidad, muchas veces las lesiones a los derechos fundamentales se ven encubiertas tras actos de aparente legalidad. Por lo cual es necesario siempre tener presente la dignidad del trabajador como límite al poder empresarial.

Como bien señala Kauffman, “El principio básico de que “el trabajo es humano” no sólo desacredita las doctrinas ortodoxas de libre comercio y libertad de contrato – por lo menos en forma sólida – sino que también ayuda a construir una justificación científica y ética para las intervenciones institucionales en mercados laborales (...).”

Por otro lado, debe tenerse presente el artículo 23 de la Constitución Política del Perú:

*“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.”*

A partir de este artículo los derechos fundamentales del trabajador son objeto de protección especial por parte de nuestro ordenamiento, y la vez, son límite al ejercicio del poder de dirección del empleador, siendo una obligación del Estado establecer medidas de protección especial frente el ejercicio arbitrario de esta potestad.

Precisamente, como describe Blancas, desde los tiempos de la República de Weimar y el surgimiento del Estado Social, “se comienza a reconocer que los derechos fundamentales son susceptibles de ser lesionados por sujetos privados frente a lo cual sería responsabilidad del ordenamiento jurídico procurar su defensa no solo ante actos del poder público, sino respecto de actos lesivos de los particulares”.

Uno de los actos del empleador que tiene mayor relevancia en la relación laboral, es el ejercicio del poder de dirección a través de su potestad disciplinaria, la cual tiene una afectación directa de los derechos fundamentales del trabajador cuando se produce un despido, es por ello que la Constitución ha reconocido límites al ejercicio de esta facultad a través de dos artículos:

*“Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.*

(...)

**Artículo 27.-** *La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*

El derecho al trabajo, conforme a lo establecido por la doctrina, y que luego sería validado por nuestro Tribunal Constitucional, presenta dos manifestaciones, por un lado "El derecho adquirir un empleo, y por otro lado el derecho a conservar un empleo". El derecho a conservar un empleo se manifiesta en que " todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo salvo que existiera una causa justa para privarle de él".

Siendo el despido una forma de extinción de la relación laboral, solo puede afectar legítimamente los derechos fundamentales del trabajador cuando tiene una causa justa debidamente comprobada, caso contrario este despido sería uno arbitrario el mismo que debe ser proscrito por nuestro ordenamiento jurídico.

Precisamente para desalentar al empleador de realizar un ejercicio abusivo de sus potestades en la relación laboral, según el sistema normativo propio de cada legislación se establece diversas medidas que sancionen el despido ilegítimo e ilegal que se desarrolle sin expresión de causa justa debidamente fundamentada y comprobada. Comúnmente se denominada estabilidad laboral al modelo de protección recogido por cada legislación, el que generalmente se diferencia entre reposición o indemnización, las mismas que pueden reconocerse simultáneamente.

Tanto la Constitución Política vigente, como su antecesora la Constitución de 1979, reconocen el derecho a la estabilidad laboral, es decir, el reconocimiento del principio por el cual se busca proteger al trabajador frente al despido arbitrario; sin embargo, la forma de protección en ambas Constituciones, al igual que en toda nuestra historia jurídica laboral, siempre ha estado expresamente establecido en la legislación. Lo señalado no solo es reconocido por la doctrina, sino también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un reciente fallo contra el Estado peruano, el caso Lagos del Campo vs Perú (en adelante, caso Lagos del Campo vs Perú), señala que

ambas Constituciones y las normas legales bajo su vigencia, reconocen explícitamente el derecho a la estabilidad laboral del trabajador.

Sin embargo, estas dos normas ius fundamentales tienen una fuerza vinculante que no permite al legislador establecer a su mero arbitrio la adecuada protección contra el despido arbitrario, sino por el contrario, al igual que los otros dispositivos constitucionales, constituyen límite que deben ser observados por el legislador al momento de establecer las diversas medidas de protección del derecho al trabajo y la causa justa en el despido.

## **2. El despido como forma de extinción de la relación laboral.**

El despido es una forma de “extinción de la relación de trabajo”, que implica la cesación de las obligaciones entre el trabajador y el empleador, al haberse generado la finalización definitiva del vínculo laboral. Tiene una trascendencia humana y social que conlleva, intrínsecamente, una afectación directa al trabajador, y por extrínseco, a su entorno (como un ser psicosocial).

Las causas de extinción de la relación laboral han sido tipificadas en la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Legislativo 728, el cual será referenciado a partir de su Texto Único Ordenado, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, (en adelante, LPCL), el cual en su artículo 16 señala:

**“Artículo 16º.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:**

**a)** El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;

**b)** La renuncia o retiro voluntario del trabajador;

**c)** La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;

**d)** El mutuo disenso entre trabajador y empleador;

**e)** La invalidez absoluta permanente;

**f)** La jubilación;

**g)** el despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;

**h)** La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley.”

Dichas causales, según su origen las causas pueden ser clasificadas en:

- ✚ **Derivadas de hechos ajenos a las partes:** i) La desaparición de una de las partes (por fallecimiento del trabajador o el empleador si es persona natural) ii) La jubilación obligatoria (por el límite legal de edad), y la incapacidad del trabajador (incapacidad absoluta permanente que hace imposible la continuidad de la prestación del trabajador).
- ✚ **Derivadas de la voluntad de las partes:** iii) La voluntad unilateral del trabajador, por la renuncia del trabajador o el abandono del puesto de trabajo; y por la jubilación voluntaria; iv) La voluntad concurrente de ambas partes, ya sea por mutuo disenso o cumplimiento de los contratos sujetos a modalidad; y, v) La voluntad unilateral del empleador, ya sea por jubilación anticipada decidida por el empleador, causas objetivas de extinción de la relación laboral o el despido.

### **3. Las características del despido**

Dentro de las diversas causas de extinción de la relación laboral, el despido siempre ha generado mayor debate. La contrapuesta de los intereses de las partes de la relación laboral, tiene mayor trascendencia en acto del despido por voluntad unilateral del empleador sobre otra forma de extinción laboral, puesto que es la expresión máxima del interés del empleador de buscar mayor poder organizativo a nivel de la empresa (mayor posibilidad de contratar) con respecto del interés del trabajador de mantener su puesto de trabajo

No obstante, es el empleador quien finalmente ostenta la facultad para determinar cuándo y cómo hacer efectivo el despido, por lo que, como bien señala Pla14, nos encontramos ante un *acto jurídico unilateral de eficacia recepticia*, donde la aceptación del trabajador no tiene relevancia para que produzca efectos, sino que es suficiente con poner en conocimiento del mismo, la voluntad del empleador.

El despido, es una forma de extinción de la relación de trabajo conforme al art. 16 de la LPCL, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, que presenta, para Montoya Melgar, las siguientes características:



- ✚ **Es un acto unilateral** del empresario, por la sola voluntad de aquél, cuya eficacia se produce sin la voluntad del trabajador por ser irrelevante.
- ✚ **Es un acto constitutivo**, por cuanto el empresario no se limita a proponer despido, sino que lo realiza directamente.
- ✚ **Es un acto recepticio**, en cuanto a su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada.<sup>16</sup>
- ✚ **Es un acto que produce la extinción contractual**, en cuanto cesan *ad futurum* los efectos del contrato por circunstancias posteriores a su celebración.

Finalmente, como bien señala el profesor Neves, “*La Ley de Productividad y Competitividad Laboral acoge el concepto estricto de despido: terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, ante un motivo imputable al trabajador*”

## **CLASES DE DESPIDO EN EL DERECHO PERUANO.**

### **1. Según la justificación que se acredite por parte del empleador para la destitución de un empleado tenemos:**

**a- Despido objetivo:** El despido objetivo se dan cuando una empresa reduce su planilla por motivos económicos, por la disminución de su producción, por cambios en la estructura de la organización.

**b- Despido disciplinario:** El despido disciplinario lo ejecuta la empresa cuando considera que el trabajador no está cumpliendo con sus funciones básicas como trabajador y no cumple con la disciplina marcada por la empresa para el puesto de trabajo.

**b- Despido colectivo:** Los despidos colectivos se producen cuando la empresa destituye a un número de personas importante en relación a la cantidad de personas que se encuentran trabajando en ella.

## 2. Según su legalidad tenemos:

- a- El despido procedente: Es el despido que se considera legal y se ha realizado por causas objetivas y pertinentes.
- b- Despido improcedente: Es el despido que se produce cuando el juez determina que el despido no se ha realizado correctamente. Pueden ocurrir por tres motivos: -
  - Por no haberse realizado bien los trámites y aspectos formales del despido.
  - - Por no existir suficientes razones para justificar la destitución del empleado.
  - - Por causas discriminatorias o por no respetar los derechos de los trabajadores.

## 3. Despidos regulados por la ley tenemos:

### a- Despido justificado:

El inciso g) del artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR consigna entre las causas de extinción del contrato de trabajo, al despido en los casos y forma permitidos por la ley. Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada

La causa justa puede estar relacionada:

- **Con la capacidad del trabajador**: Las causas por las cuales el empleador puede dar por terminada la relación de trabajo por la capacidad del trabajador son las siguientes:
  - El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas.
  - El rendimiento deficiente con relación a la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.

- 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.
- **Con la conducta del trabajador:** El empleador puede despedir justificadamente a un trabajador cuando se presenten los siguientes resultados de su conducta:
  - **La comisión de 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.
  - **La condena penal por delito doloso:** El despido por la comisión de delito doloso se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, siempre que no haya conocido de la comisión del delito antes de contratar al trabajador
  - **La inhabilitación del trabajador:** La inhabilitación del trabajador para el ejercicio de la actividad que desempeña en el centro de trabajo, impuesta por autoridad judicial o administrativa, justifica el despido si lo es por un período de 3 (tres) meses o más. Si es por menos de tres meses la inhabilitación sólo se suspenderá el contrato y/o la relación laboral.

El empleador para despedir a un trabajador por causa relacionada con su conducta o con la capacidad del trabajador, deberá seguir los procedimientos establecidos en la ley.

El despido de un trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a una indemnización por despido, concluido el trámite del despido justificado, el trabajador despedido tendrá derecho al pago de su Compensación por Tiempo de Servicios, remuneración vacacional pendiente y/o 18 récord trunco vacacional; gratificación de Fiestas Patrias o de Navidad y/o truncas; certificado de trabajo, el pago proporcional de las remuneraciones periódicas y de las utilidades.

Si la falta grave cometida por el trabajador origina perjuicios económicos a su empleador, éste tiene la opción de interponer una demanda judicial por daños y perjuicios.

**b- Despido arbitrario:**

El reglamento del Decreto Legislativo 728 señala que una causa justa para el despido de un trabajador debe estar relacionada a dos factores: la capacidad y la conducta del colaborador, también se producen el despido arbitrario cuando a pesar de existir causa justa se producen el despido si seguir el procedimiento legal.

**c- Despido nulo:**

El despido Nulo procede en casos específicos establecidos en la Ley, esto es, en supuestos lesivos de derechos fundamentales. Estos se encuentran establecidos en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Ante el despido nulo procede la reposición del trabajador en el proceso laboral o Amparo.

**d- Despido por hostilidad:** Califican como actos de hostilidad contra el trabajador aquellas conductas del empleador que implican el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo y que pueden motivar su extinción. El artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece cuales son actos de hostilidad para que se configuren el despido por hostilidad.

El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

**e. Despidos Creados por el Tribunal Constitucional tenemos:**

Mediante la sentencia N° 976-2001-AA/TC, el Tribunal creó dos nuevos tipos de despido: el incausado y el fraudulento, la necesidad de crear estos dos tipos de 19 despido era imprescindible por parte del Tribunal,

ya que con ello desincentivaba que el empleador invente que el trabajador habría cometido alguna de las faltas previstas en el artículo 25º del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

**a- Despido fraudulento:** El despido fraudulento se produce cuando el empleador atribuye al trabajador una falta no prevista en la ley, hechos inexistentes, falsos o imaginarios. Según lo establecido por la Corte Suprema de Justicia como primer acuerdo del Quinto Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional los trabajadores despedidos en forma fraudulenta tendrán derecho a demandar su reposición y el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

**b. Despido incausado:** Ocurre cuando el empleador unilateralmente da por terminada la relación laboral de manera verbal o escrita sin que exista causa legal alguna. En el caso de despido incausado se podrá demandar la reposición laboral y el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

### **Concepto de despido**

El despido, como extinción de la relación laboral, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, presenta, según Montoya Melgar<sup>15</sup>, los siguientes caracteres:

- Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante.
- Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente.
- Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada.
- Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan ad futurum los efectos del contrato.

Podemos destacar de estas dos opiniones el rol importante 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. En consecuencia, prima la voluntad del empleador como fuente principal del despido.

### **Clases de despido establecidas por la legislación laboral**

El empleador tiene la facultad de extinguir el vínculo laboral de manera unilateral; directamente o indirectamente. El hecho que el despido sea correcto, no es materia de análisis, puesto que en esta clasificación el despido puede ser legal o ilegal (abusivo).

#### **Despido justo o legal**

Se produce por una causa justa prevista en la ley y debidamente comprobada. Se encuentra regulada en el art. 22 de la LPCL, el mismo que dispone que la causa justa de despido puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador

Este mecanismo de protección del trabajador “ante la posibilidad de que ésta 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 carecería de **validez y eficacia**” (Blancas, 2013: 67).

#### **Despido nulo**

Es el que se produce cuando el despido del trabajador es motivado por un acto discriminatorio, en evidente vulneración de sus derechos fundamentales y constitucionales.

#### **Despido indirecto o por hostigamiento**

Se produce como consecuencia de los actos de hostilización, en especial: falta de pago de remuneración, reducción de re remuneración y/o categoría, el traslado de lugar de trabajo que le cause perjuicio, la inobservancia al reglamento de seguridad, etc.

#### **Despido incausado.**

El supremo intérprete de la norma ha definido el despido incausado mediante la STC N° 976-2001-AA/TC cuando: “Se despide al trabajador, ya

sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.”

### **Despido fraudulento**

De igual forma el Tribunal Constitucional mediante STC N° 976-2001-AA/TC ha delimitado el despido 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 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

## **El despido arbitrario en el Perú**

### **1- Definición:**

En el Perú el despido arbitrario, según la Constitución Política y el Tribunal Constitucional, quién opera como su supremo intérprete, es inconstitucional. Es decir, que los empleadores están prohibidos de expulsar a sus trabajadores sin razón alguna o por razones incoherentes y, por otro lado, que los trabajadores, en ejercicio del principio de derecho de tutela procesal efectiva, tendrán la facultad de recurrir a los entes del Estado para hacer valer su derecho de reposición y/o indemnización, a elección exclusiva de ellos mismos.

A diferencia de la Constitución de 1979, en la Carta Magna de 1993 no se ha establecido la “estabilidad laboral absoluta”, razón por la cual el despido arbitrario, normado en el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, es aparentemente legítimo y perfectamente aplicable.

El mencionado artículo menciona, en cuanto al despido arbitrario, que si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38º, La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono

procede superado el periodo de prueba como única reparación por el daño sufrido.

El despido arbitrario en el Perú es aparentemente permitido y su fundamento se encuentra, primero, en que la Constitución de 1993 no ha consagrado la estabilidad laboral absoluta y segundo, porque el Decreto Supremo N° 003-97-TR así lo permite.

La Constitución de 1993 no ha consagrado expresamente la estabilidad laboral absoluta, sin embargo, ello no significa que el despido arbitrario deba ser permitido, es decir, no se puede sellar porque no existe una defensa expresa de la estabilidad laboral por parte de la Constitución actual los empleadores podrán despedir a sus trabajadores a su libre albedrío. Ello significaría dejar de lado el respeto a los derechos humanos, específicamente el derecho al trabajo. El Tribunal Constitucional ha manifestado correctamente que no se trata de emplazar el problema del despido desde la perspectiva de la dualidad conceptual de “estabilidad absoluta y estabilidad relativa” sino que por el contrario, dicho problema debe ser resuelto desde una perspectiva constitucional, analizando si el contenido esencial de un derecho constitucional, como el derecho al trabajo, es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo, es decir, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Una de las esferas del derecho al trabajo es el “no ser despedido sino por causa justa”, Es por ello que a simple vista el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR deviene en inconstitucional por vulnerar el contenido esencial del referido derecho.

La estabilidad laboral absoluta siempre y cuando no haya causa justa de despido, no está consagrada expresamente en la Carta de 1993 pero existen determinados artículos en la propia Constitución que la configuran tácitamente. Además en la actualidad el Tribunal Constitucional ha dado una serie de sentencias que protegen a los trabajadores contra el despido arbitrario y que constituye precedente vinculante.

En los últimos tiempos se han dado mejoras legislativas que ha reforzado la estabilidad laboral para que el trabajador que sean despedido sin causa justa, recurran ante las instancia de impartición de justicia para demandar una indemnización por daños y perjuicio y/o la reposición laboral.



## **2- El despido incausado, fraudulento y nulo como manifestaciones del despido arbitrario y su inconstitucionalidad:**

El despido arbitrario no es más que la expulsión de un trabajador sin que exista causa justa atribuida al trabajador o al mismo empleador. Un despido arbitrario puede configurarse en incausado, fraudulento o nulo, todos estos inconstitucionales.

El despido incausado se puede decir que se configura cuando se despide a un trabajador sin siquiera mencionarle la causa del despido.

El despido nulo, se refiere al despido por causas que sin necesidad de ser probadas como falsas o reales, de pleno derecho, son insostenibles, como el caso del despido por condición de embarazo, raza, opinión, religión, condición económica, entre otros.

Para estas clases de despido existen dos vías procedimentales para hacer valer el derecho de los trabajadores: proceso de Amparo y el Contencioso Administrativo.

El despido arbitrario es inconstitucional, por lo tanto, cualquiera que sea expulsado de su centro de trabajo sin causa justa inherente al trabajador o empleador puede acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para hacer valer su derecho al trabajo.

La aplicación del artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR referido al despido arbitrario es inconstitucional, pues el Tribunal Constitucional así lo ha dicho en la STC 1124-2002-AA/TC.

El segundo párrafo del artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio del Tribunal Constitucional, por las siguientes razones:

a. El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. Ya que uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa.

b. La forma de aplicación de esta disposición por el empleador evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio

absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador.

c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador

### **3- Consecuencias legales en caso de despido arbitrario:**

Las Consecuencias legales en caso de despido arbitrario son:

a- La indemnización por despido arbitrario.

b- La reposición laboral.

c- La indemnización y reposición laboral.

#### **a- La indemnización por despido arbitrario.**

La legislación laboral es una sola pero los fallos judiciales abren diversos aspectos de un solo tema, tal como ocurre con las indemnizaciones laborales, las cuales pueden ser solicitadas en los siguientes escenarios.

La indemnización por despido arbitrario procede una vez que el trabajador haya superado el periodo de prueba, y no se haya expresado o comprobado una causa justa para despedir.

El concepto de la indemnización por despido o del resarcimiento al trabajador por la terminación de su vinculación laboral por voluntad del empleador, al contrario de lo que podría pensarse, no es del todo novedoso.

El derogado Código de Comercio señalaban que si el contrato entre el comerciante, y el mancebo, factor o dependiente, culminaba antes del plazo pactado procedía la indemnización por daños y perjuicios. En el caso del contrato a tiempo indeterminado, cualquiera de las partes podía darlo por terminado avisando de tal decisión con un mes de anticipación. Ante el acto resolutorio del empleador, el trabajador percibía el pago correspondiente a un mes.

En las últimas décadas, se han dictado, modificado y derogado sendas normas laborales en relación con las indemnizaciones por cese. Además en los últimos años mediante la jurisprudencia, se ha admitido la posibilidad de

indemnizaciones adicionales con el argumento del daño moral y la posibilidad de la reposición laboral.

**- Indemnización por despido en la ley:**

Por ley únicamente se reconoce la indemnización por despido arbitrario, mientras que son las Cortes Laborales aquellas que evalúan los casos de indemnizaciones por daños y perjuicios.

La indemnización por despido arbitrario establecido en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala que el trabajador del régimen laboral ordinario que es despedido de manera arbitraria o injustificada (sin causa establecida en la ley), tiene derecho al pago de una indemnización como compensación por el daño sufrido, sin perjuicio de reclamar de manera simultánea el pago de cualquier otro derecho o beneficios sociales truncos o pendientes de pago al momento del despido tales como gratificaciones y vacaciones, así como una carta para el retiro de su CTS.

Para los trabajadores del régimen ordinario con contratos de trabajo permanente o plazo indeterminado, la indemnización será igual a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un tope máximo de 12 remuneraciones, En caso de años inconclusos las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos. Para los trabajadores a plazo fijo (contratos determinados), la indemnización equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con un máximo de 12 remuneraciones.

El trabajador que es despedido sin mediar una causa justa puede solicitar la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo, Asimismo, el trabajador también puede recurrir a la autoridad policial acudiendo a la Comisaría del sector para solicitar la constatación del despido.

**- Indemnización por daños y perjuicios:**

En casos de despidos fraudulentos o incausados, los precedentes judiciales han admitido el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios, que incluyen diversos derivados.

**- Indemnización por daño moral:** Para que esta indemnización proceda, se debe acreditar de manera fehaciente que el despido, le causó al trabajador gran aflicción o sufrimiento y posible deterioro de imagen (Casación Laboral No. 139-2014-La Libertad/ Casación Laboral No. 699-2015-Lima).

- **Indemnización por lucro cesante:** Incluye el pago de los beneficios que el trabajador dejó de percibir por haber sido despedido, aunque puede disminuirse en caso se verifique que realizó otras actividades remuneradas. Procede solo en caso el trabajador no haya cobrado la indemnización por despido arbitrario.

Mediante el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, se ha señalado que, junto con la demanda de reposición por despido incausado o fraudulento, los trabajadores pueden acumular la pretensión de indemnización por daños y perjuicios, incluidos el daño moral, lucro cesante y daño emergente.

- **Indemnización al proyecto de vida:** es la indemnización por la frustración del plan profesional.

- **Daños punitivos:** El V Pleno también destacó que en caso de que a los trabajadores se le reconozca una indemnización por daños y perjuicios derivados de despidos incausados y fraudulentos, el Juez ordenará además el pago de daños punitivos, a fin de que se pueda evitar que los empleadores vuelvan a incurrir en dicha conducta ilícita. El importe de los daños punitivos será equivalente a lo que hubiera aportado el trabajador a la ONP o AFP durante el periodo de despido y no será indispensable que el trabajador los demande, pudiendo otorgarlo el juez de oficio.

**b- La reposición laboral en caso de despido arbitrario:** La reposición laboral es la acción de reponer a un trabajador en el puesto de trabajo que tenía antes de ser despedido. El artículo 27° de nuestra Constitución vigente no señala expresamente a la reposición laboral como forma de protección contra el despido arbitrario. El doctor Javier Arévalo Vela señala que el Tribunal Constitucional ha interpretado los alcances de este artículo.

En efecto, dicho artículo fue interpretado en la sentencia del expediente N° 1124-2001 AA/TT (Caso de sindicato de trabajadores de Telefónica vs dicha empresa) en tal sentencia el Tribunal Constitucional señaló en su considerando 12° lo siguiente:

Que la forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si

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

El artículo 2 de la Ley N° 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo, señala que es Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo conocer los siguientes procesos:

1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios. Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

a) El nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.

b) La responsabilidad por daño patrimonial o extra patrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.

2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única.

4. En proceso contencioso administrativo conforme a la ley de la materia, las pretensiones originadas en las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, administrativa o de seguridad social, de derecho público; así como las impugnaciones contra actuaciones de la autoridad administrativa de trabajo.

El plazo de caducidad es el periodo máximo en que el trabajador puede reclamar en el poder judicial la reposición en despidos injustificados, el cual ha sido establecido por la Corte Suprema en el II Pleno Laboral donde se señaló que el plazo máximo es de 30 días hábiles.

Además el II Pleno Laboral precisó que aquellas demandas planteadas por los trabajadores como “acciones de amparo” serán reconducidas a los juzgados laborales siempre que no se superen los 30 días contados desde la presentación de la demanda ante el juzgado civil o constitucional.

La legislación laboral fijó como plazo de caducidad 30 días cuando se impugna un despido nulo (discriminación, afiliación sindical y otros) o despido arbitrario y hostilidad.

Pero no se reguló los plazos para los despidos injustificados o fraudulentos, ya que estas causales de reposición fueron creaciones del Tribunal Constitucional a través de sus sentencias vinculantes. En ese contexto, algunos juzgados aplican el plazo de 60 días que rige para los reclamos que derivan al Tribunal Constitucional (acciones de amparo); o 10 años (plazo máximo del Código Civil), al no tener una regulación expresa.

**- Criterio del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema sobre la vía más adecuada para demandar la Reposición laboral:**

El Tribunal Constitucional establece cuatro reglas para considerar que el proceso laboral es igualmente satisfactorio al proceso de amparo para demandar la reposición laboral

El Tribunal Constitucional determinó como precedente de observancia obligatoria en el Exp. 02383-2013-PA/TC cuatro condiciones para que se admita la demanda en los procesos de amparo, cuando se busque la reposición en el puesto de trabajo.

De este modo, de no cumplir todos los criterios fijados en el fallo, las demandas serán declaradas improcedentes y reconducidas a la vía ordinaria laboral. Igual regla aplicará respecto a las demandas de amparo que busquen la reposición en el empleo iniciadas luego de publicado el precedente vinculante. Estas reglas son las siguientes:

- Que la estructura del proceso (considerando la celeridad y eficacia en resolver el caso) sea idónea para la tutela del derecho (protección contra el derecho constitucional vulnerado).
- También, si la resolución que emita el juzgado podría brindar una tutela adecuada al caso, es decir, pueda resolver el caso concreto.
- Además, que no exista el riesgo de que se produzca una irreparabilidad, es decir, se debe evitar poner en grave riesgo el derecho constitucional afectado.
- Y, si no existe necesidad de una tutela urgente, considerando la magnitud del bien involucrado o el daño.

El Tribunal Constitucional indicó que no solo se analizará para determinar si los procesos de amparo o laborales, son equivalentes en cuanto a la satisfacción del reclamo sobre la base de la celeridad en resolver el caso (objetivo), sino que también se verá el daño y urgencia (subjetivo).

**c- La indemnización y reposición laboral en caso de despido arbitrario:**

El trabajador afectado por el despido arbitrario puede reclamar una indemnización incluso si ha sido repuesto en el cargo, este es un criterio determinado por la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 13319-2015 Callao.

Que el empleador haya repuesto al trabajador no impide que este pueda reclamar una indemnización por los daños que le originó el despido, como la afectación de los bienes patrimoniales y extra patrimoniales.

Asimismo, indicó que todo despido ilegítimo trae consigo daños a la persona que lo sufre, por cuanto, de una manera u otra, deja de percibir los ingresos con el que sostiene su vida propia y la de su familia, quedando en el desamparo económico.

**Marco legal**

**I- La Constitución Política del Perú de 1993:**

La Constitución Política del Perú de 1993 en sus artículos 26 y 27 establece principalmente la protección contra y el despido arbitrario en el Perú en los siguientes términos:

**Artículo 26°.-** En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

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

**II- Decreto supremo N° 003-97-TR: (Ley de Productividad y Competitividad Laboral - Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728):**

Establece principalmente la protección contra el despido arbitrario en el Perú en los siguientes artículos:

**Artículo 22.-** Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

**Artículo 29.-** Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

**Artículo 30.-** Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;



- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

**Artículo 31.-** El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le 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. Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32, debe observarse el principio de inmediatez.

**Artículo 32.-** 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.

**Artículo 34.-** El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

**Artículo 35.-** El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:

- a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,
- b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38 de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

**Artículo 36.-** El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho.

La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del periodo prescriptorio el pago de otras sumas liquidas que le adeude el empleador. Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho.

La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento.

**Artículo 37.-** Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.

**Artículo 38.-** La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

**Artículo 40.-** Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.

Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.

**Artículo 41.-** En el caso de acción por nulidad del despido el juez podrá, a pedido de parte, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto el que no podrá exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador. Dicha asignación será pagada por el empleador hasta alcanzar el saldo de la reserva por la compensación por tiempo de servicios que aún conserve en su poder.

Si resultara insuficiente, la asignación será pagada por el depositario de la misma hasta agotar el importe del depósito y sus intereses. Si la sentencia ordena la reposición, el empleador restituirá el depósito más los respectivos intereses con cargo a las remuneraciones caídas a que se refiere el artículo anterior.

**Artículo 42.-** El empleador que no cumpla el mandato de reposición dentro de las veinticuatro (24) horas de notificado, será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementará sucesivamente en treinta (30%) por ciento del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial hasta la cabal ejecución del mandato.

El importe de la multa no es deducible de la materia imponible afecta a impuesto a la renta.

## **LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO EN SEDE CONSTITUCIONAL**

El presente aparatado nos permitirá revisar la concepción del despido fraudulento desde su introducción en la jurisprudencia constitucional, a través de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, hasta su reconocimiento por los juzgados laborales. Para ello es necesario entender el proceso de revaluación del despido arbitrario en sede constitucional y la protección al trabajador frente a aquellos despidos lesivos a sus derechos fundamentales.

Asimismo, nos permitirá determinar qué garantías constitucionales y legales se trasgreden al limitarse la concepción del despido fraudulento a las causales ejemplificativas del caso Llanos Huasco, cuando hagamos una revisión más amplia de los supuestos, las características y los efectos del despido fraudulento reconocido por la jurisprudencia como despido con vulneración de derechos fundamentales.

### **1. La revaluación del despido arbitrario en sede constitucional**

El insuficiente alcance de protección de los derechos fundamentales del trabajador, a efectos de la reposición, restringida a las causales taxativas del despido nulo en el art. 29 de la LPCL, ha generado una respuesta por parte de la justicia constitucional, que conllevó a la variación del alcance de la adecuada protección contra el despido arbitrario en el proceso constitucional.

Durante la vigencia de la Ley 23506, Ley de Habeas corpus y amparo, se utilizó el proceso de amparo como vía alternativa al proceso ordinario laboral, éste último, bajo la Ley 26636, era insatisfactorio por el tiempo que demoraba el trámite del proceso al no existir una vía especial para la impugnación del despido arbitrario que logre otorgar la reposición.

Dentro de los casos resueltos podemos señalar el Exp. N° 00111-96-AA/TC o el Exp. 1112-98-AA/TC como antecedentes donde el Tribunal, otorgando la reposición<sup>142</sup>, sentó las bases de la protección contra un despido arbitrario con violación de derechos fundamentales, el primero referido a la violación del derecho del trabajo y protección contra el despido arbitrario, por imputación de falta no comprobada, y el segundo, por

imputación inexacta de falta que vulnera el principio de tipicidad. En sentido similar STC 890-99-AA/TC de 08.03.2001. Además, existen pronunciamientos que proscriben el despido lesivo al debido proceso (STC 449-98-AA/TC del 04.11.1998144), *proporcionalidad, razonabilidad, y legalidad* del despido. (STC 020-99-AA/TC del 02.06.1999; STC 1001-2001-AA/TC del 22.08.2002

## **2. La configuración del despido incausado**

En la STC N° 1124-2001-AA/TC, *CASO FETRATEL*, proceso iniciado por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (Fetratel) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Holding S.A, el Sindicato interpuso el amparo con el objeto de que el empleador se abstenga de amenazar y vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores sindicalizados.

En el referido caso, el empleador, mediante un plan masivo venía despidiendo sucesivamente a trabajadores sindicalizados, llegando a despedir alrededor de cuatrocientos de ellos, obligándose solamente al pago de la indemnización, amparado en el art. 34 de la LPCL, al despedir a cada trabajador de forma individual y sin expresar causa alguna de despido relacionado a la conducta o a la capacidad del trabajador.

El Tribunal, al momento de pronunciarse, señaló que los despidos efectuados han tenido como motivación la afiliación sindical de los trabajadores, por lo que vulnera frontalmente este derecho constitucional.

Sin embargo, lo fundamental de esta decisión radica en los alcances del derecho al trabajo, pues señalará que su contenido esencial involucra dos aspectos<sup>146</sup>: i) derecho a acceder a un puesto de trabajo (norma programática),<sup>147</sup> pero a la vez el ii) derecho a no ser despedido sino es por causa justa (proscripción del despido sin causa) o como refiere Neves<sup>148</sup>, derecho a la conservación del trabajo, que conlleva la *prohibición de la extinción injustificada de la relación laboral, por cualquier vía; entre ellas, el despido*. (Norma de preceptividad inmediata).

Sobre esta interpretación es necesario preguntar ¿Es posible que un mismo derecho fundamental pueda estar contenido en dos artículos de la Constitución? Neves, señala que el artículo 22 resulta más amplio que el 27, ya que impide cualquier forma de terminación injustificada y no solo el despido. Además que el precepto constitucional de la carta de 1993 recoge lo establecido por el de 1979 y, en ese entonces, el derecho al trabajo solo se entendía como un derecho de acceso mas no de conservación, (...) por lo que, si solo se regulaba el artículo 22, se hubiera producido la impresión falsa de que se estaba aboliendo la estabilidad en el empleo, con los consiguientes conflictos sociales.

En ese sentido, para el Tribunal el artículo 27 constituye una “norma principio” que contiene un mandato al legislador para que establezca la adecuada protección al trabajador “contra el despido arbitrario”, por lo cual, constituye un derecho de “configuración legal” o de eficacia diferida (donde el “ejercicio de este derecho dependerá de un necesario desarrollo legislativo).

Sin embargo, *ello no significa que se traten de derechos “en blanco”, es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo*<sup>150</sup>; precisamente la actuación del legislador se encuentra delimitado al contenido esencial de los derechos fundamentales, dentro de ellos dos aspectos fundamentales: La interdicción de la arbitrariedad del empleador y la causa justa de despido como parte del derecho al trabajo.

El Tribunal al realizar un control constitucional del segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL (“<<Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido>>”) determinó que al habilitarse el despido incausado o arbitrario, “es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional”

El principio tuitivo del trabajador, que se infiere del artículo 23 de la Constitución (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y otros), desaparece al permitir una gran disparidad en la relación empleador/trabajador y validar de

forma constante la conclusión de la relación laboral mediante el despido arbitrario pese a ser abiertamente inconstitucional por permitir despedir al trabajador sin causa justa comprobada.

Entonces, ¿Cuál debería ser la forma de protección contra el despido arbitrario? Para el Tribunal la respuesta es única, el despido arbitrario al ser un acto viciado de inconstitucionalidad, tiene como consecuencia retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto, como bien ha sido establecido para el despido nulo.

Al respecto, Arce indicaba que la protección de los despidos lesivos de derechos constitucionales no puede dejarse al arbitrio del legislador. Sino que deben ser garantizados de forma intensa y ello implica que ante una violación de estos la respuesta no puede ser otra que la revocación del acto extintivo, pues (...) *Sería ilógico que el legislador ordene reparar un despido inconstitucional a través del abono de una indemnización pecuniaria.*

Sin embargo, la doctrina laboral mantiene diferentes posturas en torno a la tutela resarcitoria como forma de reparación suficiente frente al despido arbitrario; al respecto, parte de la doctrina señala que es la ley, por mandato constitucional, la que establece la forma adecuada de protección, y esta es la indemnización, lo cual es conforme con instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El Tribunal, al momento de absolver lo señalado por Telefónica, sobre la validez de contemplar solo la posibilidad de la reparación indemnizatoria de acuerdo al apartado

d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador, que:

*“(...) Debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme 10 establece el artículo 4° del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido*

*esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización."*

En consecuencia, para la interpretación del Tribunal se puede establecer mayores niveles de protección, precisamente habilitados por el Protocolo, y de acuerdo al contenido esencial que se desprende de la interpretación de los derechos fundamentales en nuestra Constitución: la adecuada protección contra el despido arbitrario, el derecho al trabajo y los otros ya señalados; siendo la reposición un efecto consustancial al acto viciado de inconstitucionalidad por vulnerar derechos fundamentales del trabajador : *"12. c). La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. (...)."*

Al respecto, Neves señala que *el Tribunal Constitucional efectuó una interpretación de la Constitución en sí misma, sin acudir al bloque, y determinó que la reposición era la única reparación adecuada, (idónea) para el despido sin expresión de causa, (despido con vulneración de derechos fundamentales), y luego, cuando fue al Protocolo, aplicó el principio de la norma más favorable. Sin embargo, pudo evitarse este forzado camino si se empleaba complementariamente el Protocolo desde un inicio.*

Ello no implica que solo sea la reposición, sea única forma de protección, puesto que la indemnización, *"como forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador,* era también una medida idónea para la protección de los derechos fundamentales del trabajador, *pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional. 156"*. Es decir, para el Tribunal, en estos casos, y conforme a la interpretación de la Constitución, la indemnización será complementaria y a elección del trabajador. Esta interpretación, de preferencia por la reposición es



similar a lo establecido en el Protocolo de San Salvador como el Convenio 158 de la OIT.

En consecuencia de lo anterior, el Tribunal al ver la imposibilidad de interpretar el artículo 34 de la LPCL conforme a la Constitución, inaplicó dicho dispositivo, ejerciendo

el control difuso, 158 ordenando la reposición de los trabajadores despedidos de forma arbitraria, y disponiendo que la empresa se abstenga de seguir ejerciendo dicho acto arbitrario. Aclarando que la indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determina libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por ser inconstitucional.

Pese que, para el Tribunal Constitucional, no hace distinción en la Sentencia sobre los efectos restitutorios que recaen sobre el despido arbitrario del artículo 34 de la LPCL (ya sea el que no expresa motivo de causa justa, o con expresión de motivo de causa justa no comprobada), lamentablemente, (presionado por los gremios empresariales y los medios de comunicación afines para que enmendara su decisión)<sup>159</sup>, se rectificaría de lo resuelto, y decidiría, en la aclaratoria de dicha resolución, restringir los efectos de la inaplicación del art. 34 de la LPCL solo a la parte del despido sin expresión de motivo de causa justa o despido incausado, dejando sin protección constitucional del despido que no había sido comprobado al cual, la justicia ordinaria la ha denominado "*injustificado*", pese a que la falta de comprobación de la causa justa del despido implica la inexistencia de la misma, y con ello, generaría los mismos efectos del despido incausado: acto arbitrario con afectación al derecho fundamental al trabajo

El resultado de esta nueva tesis sería que cuando existe expresión de causa justa el despido viola el derecho del trabajo y con ello la reposición, pero si se expresa causa justa y esta no es comprobada (generando el mismo resultado) no vulnera el derecho al trabajo. *Con ello, el derecho al trabajo queda degradado*, y a su vez, se deja sin contenido el principio de interdicción a la arbitrariedad que forma parte del artículo 27 de la CPP. De esta forma se ha reducido una parte del derecho al trabajo a su contenido patrimonial, dejando

de lado el ámbito de la dignidad humana que había sido reconocido inicialmente

### **3. El despido fraudulento y la nueva tipología del despido arbitrario**

La sentencia del caso Fetratel, sobretodo su aclaración, había creado involuntariamente un problema del cual el empleador sacó ventaja, pues si antes se pagaba por adelantado la indemnización por el despido sin expresión de causa alguna, ahora al no tener efectos el despido incausado, el empleador simplemente se limitaba a imputar una falta grave para despedir al trabajador (incluso inventada), quien solo podía obtener la indemnización al obtener una sentencia firme después de un largo proceso laboral.

Además de ello, como no se había señalado de forma expresa que la reposición también podía ser accionada en la vía laboral, diversas causas siguieron bajo conocimiento del Tribunal, una de estas motivó la expedición de la sentencia 00976-2001-PA/TC, amparo interpuesto por Eusebio Llanos Huasco (en adelante, caso Llanos), nuevamente contra Telefónica del Perú, sentencia que vino a complementar la doctrina jurisprudencial desarrollada en el caso Fetratel.

Uno de los aspectos fundamentales de la sentencia es el desarrollo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales<sup>162</sup> en las relaciones surgidas entre particulares para limitar las actuaciones que impliquen su vulneración. Los derechos fundamentales no solo involucran un ámbito subjetivo, sino también uno objetivo, por lo que el Estado tiene el poder – deber en intervenir en las relaciones donde se pueda configurar o se configure una lesión de los mismos, independientemente si se realizan en el ámbito privado o público.

*“Ello significa que los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.” (Fundamento 5)*

A juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad, no siendo privativo de la jurisdicción constitucional (eficacia directa) pues también puedan resolverse en el ámbito de la justicia ordinaria<sup>163</sup>.

Según Villavicencio, en el caso Llanos, el Tribunal Constitucional *no solo reafirmó la inconstitucionalidad del artículo 34 de la LPCL, sino que redefinió la concepción del despido arbitrario, extendiendo erga omnes la garantía de readmisión en el empleo a otros supuestos distintos a los acogidos en la legislación*.<sup>164</sup> Para ello, desarrolló dos perspectivas de protección frente al despido arbitrario: los mecanismos sustantivos y los procesales.

Los mecanismos sustantivos están referidos a la manera en que ha de entenderse la protección adecuada contra el despido del artículo 27 de la Constitución, adoptando dos formulaciones intermedias, la primera formulación, mediante la protección preventiva, que previene el despido arbitrario a través de la exigencia legal de la justa causa y otorgarle el plazo previo de defensa a fin de no vulnerar el debido proceso; mientras que la segunda formulación relacionado a los mecanismos reparadores, donde no se evita el despido arbitrario, sino se establece mecanismos de resarcimiento patrimonial del mismo, como el de compensación económica como sanción frente al despido arbitrario siempre que sea a elección del trabajador.

*13. El Tribunal Constitucional considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualesquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido arbitrario debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización."*

Los mecanismos procesales, por su parte, pueden ser establecidos simultáneamente como forma de protección contra el despido arbitrario, el cual puede estar relacionado a los mecanismos sustantivos o pueden ser totalmente independientes a ellos. Mecanismos procesales relacionados a los mecanismos sustantivos resarcitorios, son precisamente la acción impugnatoria para obtener la indemnización por despido arbitrario establecido en el artículo 34 de la LPCL. Por otro lado, existen mecanismos procesales con alcances diferentes, como son los mecanismos que prevén una eficacia restitutoria, como era el proceso de amparo<sup>165</sup>, ya que su finalidad es la restitución de las cosas al momento anterior a la violación o amenaza del derecho.

Pero no solo lo constituye el proceso de amparo, sino también el proceso de nulidad del despido bajo los supuestos establecidos en el art. 29 de la LPCL, donde se afeEn consecuencia, el Tribunal consideró que *el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27 de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo N.º 728, sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues éste (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completitud.*

La acción de amparo es una vía donde también se discute el carácter lesivo de los derechos constitucionales del trabajador cuando son ocasionados por el ejercicio arbitrario de la potestad sancionadora a través del despido. En ese sentido la reposición del trabajador reconoció una nueva categorización del despido arbitrario, alejándose de la terminología de la LPCL. Dicha tipología, conforme al fundamento 15 de la sentencia, ha quedado establecida de la siguiente forma:

- ✚ **Despido nulo:** modalidad destinada a proteger derechos constitucionales de especial relevancia para el ordenamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 29º del Decreto Legislativo N.º 728 y como consecuencia de la necesidad de proteger, entre otros, derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2º; inciso 1) del artículo 26º e inciso 1) del artículo 28º de la Constitución.

- ✚ **Despido incausado:** Cuando se despide al trabajador de forma verbal o escrita sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor. Se decreta la readmisión en el empleo en este supuesto porque la causa justa es parte del contenido esencial del artículo 22 de la Constitución.
- ✚ **Despido fraudulento,** consistente en el despido con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, esto es, de manera contraria a la verdad y a la rectitud de las relaciones laborales, incluso cuando se cumpla con imputar una causa y los cánones procedimentales.

Adicionalmente, el Tribunal, para el caso de un despido fraudulento, reconoce taxativamente cuatro supuestos aplicados, hasta ese entonces, por su jurisprudencia: a) Se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos e imaginarios; b) Se atribuye al trabajador una falta no prevista legalmente; c) Se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad; d) Se pretende fundamentar falsamente el despido mediante “prueba fabricadas”.

El Tribunal refiere que, en estas situaciones, al no existir una causa justa real de despido, ni, al menos, *hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley 167*, la situación se equipara al despido sin causa al ser lesivos al derecho constitucional al trabajo.

En ese sentido, no parece excluir algún otro supuesto que podría ser reconocido por la justicia constitucional o laboral. Precisamente, para llegar a dicha conclusión, el Tribunal considera los efectos restitutorios del despido fraudulento obedecen al propósito de cautelar la plena vigencia, entre otros, en el derecho al trabajo establecido en el artículo 22°, la proscripción del abuso del derecho conforme al artículo 103°, y finalmente la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

Finalmente, en la causa constitucional, el Tribunal no tuvo pronunciamiento sobre el tipo de despido inconstitucional que se habría producido puesto que la controversia planteada exigía la actuación de medios probatorios que no se

podían realizar en un proceso constitucional, aspecto procesal que fue delimitado en una siguiente interpretación vinculante.

### **El despido arbitrario según el tribunal constitucional:**

Criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional en materia de despido arbitrario cuya finalidad es la creación o modificación de las normas jurídicas.

Los fallos en casación de la Corte Suprema tienen por finalidad fijar los criterios generales que deberán ser aplicados por las instancias inferiores para determinar una jurisprudencia uniforme.

#### **🚦 Casación Laboral N° 13319-2015 Callao:**

##### **Reposición de trabajador no impide cobro de indemnización por despido**

La Corte Suprema ha determinado que todo despido ilegítimo ocasiona daños a la persona que lo sufre. Por ello, el trabajador afectado puede reclamar una indemnización incluso si ha sido repuesto en el cargo.

Que el empleador haya repuesto al trabajador no impide que este pueda reclamar una indemnización por los daños que le originó el despido, como la afectación de los bienes patrimoniales y extra patrimoniales.

Este criterio ha sido establecido en la Casación Laboral N° 13319-2015 Callao, donde la Corte Suprema resolvió una demanda sobre indemnización por daños y perjuicios presentada por un trabajador que fue despedido injustificadamente por su empleador.

El caso es el siguiente: un trabajador interpuso demanda contra su empleadora, solicitando que esta le pague la suma de 183 mil soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante, daño emergente y daño moral). En primera instancia se declaró fundada en parte la demanda ordenando el pago de un monto menor a lo peticionado por concepto de lucro cesante y daño moral, más intereses legales, costas y costos. En segunda instancia se revocó la sentencia apelada, declarándose infundada la demanda.

Al respecto, el demandante interpuso recurso de casación por infracción normativa del artículo 1321 del Código Civil, referida a la obligación de

indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. Alegó que fue despedido de manera arbitraria, tal como quedó acreditado en un proceso anterior donde logró su reposición, razón por la cual solicita indemnización.

La Corte Suprema sostuvo que el demandante sufrió la ruptura del vínculo laboral de una manera no arreglada a derecho. Asimismo, indicó que todo despido ilegítimo trae consigo daños a la persona que lo sufre, por cuanto, de una manera u otra, deja de percibir los ingresos con el que sostiene su vida propia y la de su familia, quedando en el desamparo económico.

En ese sentido, la Corte consideró que existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daños y perjuicios producto de un despido ilegítimo, comprendiendo dichos daños el lucro cesante, daño emergente y el daño moral. Por dichas consideraciones, declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el demandante y ordenó el pago de la indemnización por lucro cesante y daño mora

#### **Cas N° 2677-2012-Lima:**

##### **Estableció criterios para el pago de más de una indemnización.**

Así, un trabajador público de una entidad de educación superior obtuvo el pago de su ex empleador por el daño patrimonial (lucro cesante); daño extra patrimonial (daño moral y al proyecto de vida), dado que hubo una “falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima”, quien se vio privado de beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la recurrente.

#### **Cas N° 139-2014-La Libertad:**

##### **Un trabajador podrá recibir dos indemnizaciones por despido.**

El Poder Judicial fijó requisitos para el pago por daño moral de un trabajador en caso de despido arbitrario, siempre y cuando genere un sufrimiento al empleado.

Según la legislación laboral aplicable al sector privado, debe recibir como “única reparación” por el daño sufrido por un despido arbitrario, el pago de una indemnización equivalente a un sueldo y medio por año laborado con un tope máximo de doce sueldos. Sin embargo, ello podría cambiar, debido a la sentencia de la Corte Suprema que fija un nuevo criterio (Cas N° 139-2014-La

Libertad) que determinó que el trabajador por despido arbitrario podrá recibir hasta dos indemnizaciones: una de acuerdo a ley, y otra producto del daño moral por “un sufrimiento o gran aflicción”.

Para ello el trabajador deberá probar que existe un despido arbitrario, y que ocurrieron hechos derivados que le ocasionaron sufrimiento o aflicción.

Este criterio se dio a origen del fallo emitido en la demanda de un trabajador del sector agroindustrial que fue cesado irregularmente en la década de los noventa. En la demanda se señala que si bien el trabajador cobró la indemnización por despido arbitrario, no se compensó totalmente los daños producidos, motivo por el cual el trabajador demandó a su ex empleador ahora en liquidación, el pago de una

#### **STC N° 00976-2001-AA/TC:**

Caso Eusebio Llanos Huasco - Huánuco contra Telefónica del Perú S.A de fecha 13 de marzo del 2003.

#### **Protección adecuada contra el despido arbitrario**

En el Exp. N° 0976-2001-AA/TC el Tribunal Constitucional ha establecido entre otras cosas los presupuestos para acceder al amparo laboral y el alcance del derecho constitucional reconocido en el Art. 27 de la Constitución.

A inicios de este documento se plantea el problema sobre el contenido e interpretación del artículo 27° de la Constitución, específicamente su adecuada protección contra el despido arbitrario. Es por ello que finalmente encontramos la solución mediante esta sentencia, en donde el primer intérprete de la Constitución señala que la protección adecuada contra el despido arbitrario es una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso. Esto último quiere decir que ahora le corresponde al trabajador señalar la forma de protección ante un despido arbitrario, teniendo una protección dual excluyente, puesto que no es lógico el trabajador obtenga tanto la restitución en su puesto de trabajo como la indemnización.



## **El Tribunal Constitucional interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario en su fundamento 12:**

12. a) Según la primera, en su dimensión sustantiva, esto es, aquella que atañe al modo cómo ha de entenderse la protección adecuada contra el despido arbitrario regulado por el artículo 27 de la Constitución, el legislador puede adoptar, entre otras fórmulas intermedias, por las siguientes:

### **a.1) Protección "preventiva" del despido arbitrario**

Según este modo posible de desarrollo legislativo del artículo 27 de la Constitución, el contenido del derecho puede ser configurado por el legislador de modo tal que se "prevenga", "evite" o "impida" que un trabajador pueda ser despedido arbitrariamente. Es decir, que mediante ley se prevea que no se puede despedir arbitrariamente al trabajador si es que no es por alguna causal y en la medida que ésta se pruebe, previo procedimiento disciplinario, si fuera el caso.

Recibe la calificación de preventiva debido a que la protección adecuada que enuncia el artículo 27 de la Constitución se traduce en evitar el despido arbitrario.

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

A su vez, en el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°. 728, aprobado por Decreto Supremo N°. 003-97-TR, esta protección "preventiva" se materializa en el procedimiento previo al despido establecido en el artículo 31° de dicha ley inspirado, a su vez, en el artículo 7° del Convenio N°. 158 de la Organización / Internacional del Trabajo, que prohíbe al empleador despedir al trabajador sin haberle imputado la causa justa de despido y otorgado un plazo no menor a 6 días naturales para que pueda defenderse de dichos cargos, salvo el caso de falta grave flagrante.

#### **IV. ANÁLISIS DEL PROBLEMA**

Es indispensable analizar el grado de afectación de los derechos fundamentales del trabajador cuando se le niega la tutela reparadora, ya sea resarcitoria o restitutoria, pese a la denuncia de la lesión de sus derechos fundamentales cuando se aplica de forma arbitraria la sanción de despido, al cual el trabajador ha calificado como fraudulento pero que, a criterio del juez laboral, no lo considera como tal.

Según el Tribunal Constitucional de Perú a largo de su jurisprudencia laboral llegó a la conclusión de que existen dos subtipos de Despido Arbitrario, que son los siguientes: el despido Incausado, que es cuando el empleador despide a su trabajador sin causa alguna; de manera verbal o mediante comunicación escrita y el despido fraudulento cuando el empleador despido a su trabajador mediante el engaño, es decir contra la verdad de los hechos o situaciones concretas y también vamos a saber cuáles son los efectos surten los despidos arbitrarios.

En ese sentido, debemos delimitar si los pronunciamientos señalados son acordes con nuestro orden constitucional y legal; se ha considerado abordar el problema desde el ámbito del Derecho Laboral y derecho Constitucional Laboral, partiendo de un enfoque jurisprudencial, analizando y sistematizando los criterios vinculantes del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema incidiendo en aspectos fundamentales como son la adecuada tutela reparadora frente a un despido con vulneración de derechos y efectos jurídicos de un despido arbitrario en nuestro país.

## **V. CONCLUSIONES.**

1). La indemnización es una figura jurídica que se da como una forma de resarcimiento por el daño que se le causa al trabajador ante un despido arbitrario, este es considerado una sanción adecuada para el empleador, pero no se considera el total de los años laborados, solamente se aplica lo que determina el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, estableciendo que todos los trabajadores que sean despidos arbitrariamente tendrán derecho a un sueldo y medio por año de servicio con un tope de doce remuneraciones, correspondiente a ocho años; pero que sucede con un trabajador que tiene veinte años, no va a poder tener la totalidad de remuneraciones ya que existe este tope máximo. Entonces se concluye que se viene aplicando de manera desproporcionalidad la indemnización para los trabajadores que tienen más de 8 años de servicios, y que lamentablemente, el juez no podría otorgar más allá de lo que determina la ley.

2. Nuestra Legislación Laboral, aplica el principio de igualdad para todos los trabajadores, en el caso de la indemnización por despido arbitrario para aquellos empleados que tienen más de 8 años de servicios, se les está dando un trato desigual, ya que no les corresponde recibir más que el tope máximo establecido por ley. Pero no se está dando un trato diferenciado pues el procedimiento que se sigue es igual, donde el Juez tiene que actuar conforme lo indica la ley, de lo contrario tendría que estar debidamente motivada su decisión.

3. Se viene ocasionando un daño moral al trabajador, siendo que se da una lesión sentimental, afectiva y emocional, pues el cese intempestivo puede ocasionar sufrimiento, angustia, que se refleja en el decaimiento de su persona y es de difícil probanza y cuantificación, también se le ocasiona un perjuicio económico, ya que la remuneración que recibía se ve recortada, afectando así el proyecto de vida, que toda persona tiene; cuando es despedido de forma intempestiva, este proyecto se ve truncado, que puede ser a corto o largo plazo..

4. La reposición no genera una nueva relación de trabajo, cuando se declaró que el despido impugnado vulnera derechos fundamentales debe considerarse aquel periodo de cese como laborado y, consecuentemente, se debe ordenar el

pago de aquellos conceptos que se suprimió ilegalmente, es decir, la remuneración.

**5.** La NLPT señala que procederá la reposición siempre y cuando se plante como pretensión principal única. Sin embargo, tal hecho no es un obstáculo para solicitar de manera accesorio el pago de las remuneraciones devengadas, razón por la cual debe ordenarse pagar en un solo proceso evitando dilaciones innecesarias. En efecto, solicitar el pago de las remuneraciones devengadas conjuntamente con la reposición no desnaturaliza la figura de la pretensión principal única.

**7.** El despido incausado y fraudulento implican la extinción de la relación laboral por decisión exclusivamente del empleador. A juicio del Tribunal Constitucional este tipo de decisiones se encuentran afectas de nulidad, por consiguiente el despido carece de efecto legal, pues se produce vulnerando derechos fundamentales. Al carecer el despido de efecto legal deben ordenarse el pago de aquellos conceptos que fueron privados ilegalmente.

**8.** El fundamento del despido nulo se encuentra en el Art. 29º del TUO de la LPCL, el cual implica la vulneración de derechos fundamentales. El fundamento del despido incausado y fraudulento se encuentra en el análisis del derecho fundamental al trabajo realizado por el Tribunal Constitucional. En esencia, en ambos casos se hace referencia a la vulneración de derechos fundamentales, por lo que al tener la misma naturaleza las consecuencias jurídicas deben ser las mismas.

## **VI. RECOMENDACIONES:**

**1.** Con el objetivo de brindar una solución al problema que se presenta hoy en día sobre el pago de la indemnización por despido arbitrario para aquellos trabajadores que tienen más de 8 años de servicios, lo que se recomienda es que, no se considere tope máximo en la indemnización, sino que se le indemnice al trabajador por cada año completo de labores.

**2.** Lo que se recomienda, es que el legislador considere la reposición ante un despido arbitrario, y, no solo el resarcimiento económico, ya que cabe la posibilidad para el trabajador no encontrar un empleo, con los mismos beneficios que le ofrecía su antiguo empleador, sino que le den la posibilidad de elegir entre el resarcimiento económico o la restitución a su puesto de trabajo.

**3.** Se recomienda que el empleador cumpla con pagar la indemnización en el plazo establecido por la ley, pues el empleador llega a pagar al trabajador en cuotas y no el integro de la indemnización que incluye los interés devengados.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ✓ Arce, E. (2006). *Nulidad del despido lesivo de derechos fundamentales*. Lima: Ara.
- ✓ Arévalo Vela, J., & Ávalos Jara, O. (2007). *Causas y efectos de la extinción del contrato de trabajo*. Lima: Grijley.
- ✓ Ávalos, O. V. (2012). *El amparo laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ✓ Alonso García, Manuel. *Curso del Derecho del Trabajo*. Editorial Ariel. 7ma Edición. Madrid, 1981, Pág., 559
- ✓ Blancas Bustamante, Carlos. *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. Ara Editores. Lima. 2002, Pág. 48.
- ✓ Blancas Bustamante, Carlos. "El Despido en el Derecho Laboral Peruano", Segunda Edición, ARA Editores, Lima, 2006, Pág. 272.
- ✓ Gómez, F. (2000). *El contrato de trabajo parte general*. Lima: San Marcos
- ✓ DEL ROSARIO CHÁVEZ, RIGOBERTO, *derecho individual del trabajo* 2ª edición. Universidad Los Ángeles de Chimbote. 2008.
- ✓ *La Constitución comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima-Perú. 2006, Pág. 565.
- ✓ Chávez, F. (2012). Pago de remuneraciones devengadas a través de un proceso de amparo. *Soluciones Laborales N° 51*, 69-68.
- ✓ Toyama, J., & Higa, A. (2013). Las demandas de pago de indemnización por daños y perjuicios derivadas de un despido. *Soluciones Laborales*, 13-22.
- ✓ <http://www.monografias.com/trabajos-pdf2/despido-laboral-riesgos-limites/despido-laboral-riesgos-limites.shtml>
- ✓ <http://es.scribd.com/doc/3965399/EL-DESPIDO-Y-SUS-CONSECUENCIAS-LEGALES-EN-EL-PERU>
- ✓ <http://derechopedia.pe/mas/derecho-laboral/154-el-despido-a-trav%C3%A9s-de-las-sentencias-del-tribunal-constitucional>

