



**UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

Indemnización por Despido Arbitrario

Trabajo de Suficiencia Profesional para Obtener Título de Abogado

AUTOR: Baltodano Guevara Pierina

ASESOR: Urquiaga Juarez Evelyn

CHIMBOTE - PERÚ

2018

AGRADECIMIENTO:

Es de gran felicidad y satisfacción hoy finalizar una etapa más de mi vida, cumplir un sueño y ver el fruto de un gran esfuerzo, y por ello primero quiero agradecer a Dios por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

Segundo, a mi madre Pilar; a mis abuelos y tíos, por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido seguir adelante para lograr mi objetivo y ser una persona de bien.

Por último, agradecer a los docentes de la facultad de derecho por su tiempo compartido, por su gran apoyo, motivación e impulsarnos en el desarrollo de nuestra formación profesional. Gracias.

PRESENTACION

El aseguramiento del derecho a la estabilidad en el empleo ha sido desde siempre una de las mayores preocupaciones del Derecho Laboral. El derecho de acceder a un trabajo implica también el derecho de mantenerlo. Por ello la protección de la estabilidad en el empleo siempre será un asunto clave para el Derecho Laboral. Las normas relativas al despido han sido, en ese marco, su expresión más palpable, protagónica y a la vez más controversial. Sin dudas, el fenómeno del despido es el que más obras de estudio ha inspirado y el que más debates ha generado en lo referente a la estabilidad laboral. Su estudio abarca diferentes aspectos como su naturaleza, su historia, etc., pero el tema más esencial siempre será la protección del trabajador contra el despido.

Sobre la protección contra el despido, el Derecho Laboral ha establecido como barrera principal la exigencia de una causa justa que justifique la decisión del empleador de despedir. Así, el despido que no se base en un causal tipificada en las normas laborales devendrá en un acto ilícito por contravenir la ley y en ese mismo sentido en un acto generador de injusticia. Consecuentemente, para reparar esta situación el Derecho Laboral ha planteado dos posibles respuestas, la nulidad del despido que conlleva a reposición del trabajador y la indemnización por despido arbitrario. De las dos respuestas, claramente la nulidad del despido y la reposición del trabajador se muestran como la solución más radical y eficaz para eliminar la injusticia causada por el despido. Sin embargo, no todos los trabajadores quedan satisfechos con esta respuesta.

PALABRAS CLAVES

Tema	Indemnización por despido
Especialidad	Laboral

KEYWORDS

Theme	Redundancy payment
Specialty	Working

Línea de investigación

Derecho

ÍNDICE GENERAL

Portada	01
Agradecimiento	03
Presentación	04
Palabras Claves	05
Índice	06
Resumen.....	08
I. ANTECEDENTES	10
II. MARCO TEORICO.....	12
2.1. Derecho a la estabilidad laboral	12
2.1.1. Fundamentos ontológicos de la protección del empleo.....	14
2.1.2. Fundamentos constitucionales de la estabilidad laboral.....	15
2.1.3. Regulación de la estabilidad laboral en las normas internacionales	17
2.1.4. Principio de continuidad y causalidad en la legislación laboral peruana	18
2.2. El Despido.....	19
2.2.1. Noción	19
2.2.2. Elementos característicos	19
2.2.3. Causalidad del despido	20
2.2.4. El despido arbitrario	20
2.2.4.1. Noción	20
2.2.4.2. Monto.....	21
2.2.4.3. La Protección frente al despido	21
2.2.4.4. La Protección contra el despido arbitrario.....	24
2.2.4.5. Despido nulo.....	25
2.2.4.6. La aportación de indicios: la carga del trabajador	27
2.2.4.7. La prueba de la causa justa de despido: la carga del empleador	29
2.3. Adecuada protección contra el despido arbitrario.....	29
2.3.1. El despido y el derecho a la reparación	30

2.3.2. La tutela contra el despido arbitrario.....	32
2.3.2.1. Reparación resarcitoria.....	32
2.3.2.2. Reparación restitutoria.....	34
III. LEGISLACIÓN NACIONAL.....	35
IV. JURISPRUDENCIA O PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES.....	36
4.1. Jurisprudencia.....	36
4.1.1. Casación 4385-2015, Huancavelica.....	36
4.1.2. Sala Laboral Permanente de Huancayo. Expediente N° 00910-2016-0-1501- JR-LA-02.,.....	37
4.2. Jurisprudencia Vinculante.....	38
4.2.1. STC EXP. N° 06459-2013-PA/TC, LIMA.....	38
4.2.2. Casación Laboral N° 2228-2016, Lima.....	38
4.2.3. Casación 5008-2010, Lima.....	39
4.3. Acuerdos Plenarios.....	40
4.3.1. V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional.....	40
V. DERECHO COMPARADO.....	40
5.1. En Argentina.....	40
5.2. En España.....	42
5.3. En Alemania.....	42
VI. CONCLUSIONES.....	44
VII. RECOMENDACIONES.....	45
VIII. RESUMEN.....	46
VIII. ANALISIS DEL CASO.....	47
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51
ANEXOS (Proyecto de Sentencia).....	54

RESUMEN

En la actualidad el pago indemnizatorio por despido arbitrario 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.

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.

I. ANTECEDENTES

La presente monografía, no cuenta con antecedentes directos, sin embargo, se logró encontrar algunas publicaciones que de manera indirecta mantiene vinculación con la presente monografía, y es como reza:

- a. **Garavito León (2016)** en su tesis: *“Indemnización por Despido Arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los Operadores Jurídicos de la Corte Superior de Justicia de Lima Este – 2016”*, donde concluye, 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.

- b. **Inostroza Rodríguez (2014)** en su tesis: *“Presupuestos fácticos y jurídicos que determinan la obligación legal de indemnizar por daño extra patrimonial al trabajador de la actividad privada producto del”*, donde entre sus conclusiones refiere, Si el empleador incurre en la causal de omisión al procedimiento de despido, constituye un presupuesto fáctico y jurídico para reparar el aspecto extra patrimonial al vulnerar el derecho al Trabajo, el derecho a no despedir, sino por causa justa.

- c. **Torres-Vera (2015)** en su tesis: *“La indemnización frente a la nulidad del despido. Especial referencia a los trabajadores amparados por la ley 24041”*, concluye: la indemnización de las remuneraciones bajo la forma de lucro cesante no generará resultados exactamente iguales a los pagos hechos bajo la postura restitutoria. El resarcimiento de la responsabilidad civil no busca devolver o restituir derechos que ha sido lesionados, que es lo que se plantea en la postura restitutoria. La indemnización se dirige a borrar los efectos de la lesión a ese derecho, cosa que es muy distinta. Así, en la responsabilidad civil se trata de evitar que la indemnización sobrepase el daño efectivamente causado porque eso generaría un enriquecimiento indebido de la víctima. En la indemnización del lucro cesante esto implica seguir una serie de reglas para hallar la verdadera dimensión del daño. Algunos fenómenos deben ser tomados en cuenta cuando además del monto de los ingresos dejados de percibir.
- d. **Zapata Tapia (2018)** en su tesis: *“La evolución de la protección frente al despido de los trabajadores de confianza a propósito de la casación laboral n° 18450-2015”*, arriba a la siguiente conclusión, la Constitución reconoce el derecho de todos los trabajadores a la estabilidad laboral, y la protección contra el despido arbitrario. Un despido es arbitrario cuando no existe causa para el mismo; el retiro de confianza no constituye una causa de despido establecida por la legislación vigente, por tanto, corresponde el pago de la indemnización. La reposición en el empleo, no constituye el mecanismo idóneo frente al despido de los trabajadores de confianza en tanto se impone al empleador una carga desproporcionada y carente de sentido, en la actualidad aún se deja ver que la jurisprudencia nacional carece de predictibilidad en los fallos referidos al otorgamiento de indemnización por concepto de despido arbitrario, ello en virtud de la falta de regulación al respecto.

II. MARCO TEORICO

2.1. Derecho a la estabilidad laboral

La estabilidad laboral, no se podría entender sin antes desarrollar el principio de continuidad; la estabilidad laboral con este principio afirma que *para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera, sino que presupone una vinculación que se prolonga.* Por tanto, mediante la aplicación de este principio, se busca atribuirle a la relación laboral la más larga duración. (Díaz Castañeda, 2017: 166)

La estabilidad es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral. VILLAVICENCIO, (citado por Toyama Miyagusuku, 2015: 541), define a la estabilidad laboral como el presupuesto indispensable para que el trabajador pueda ejercitar sus derechos individuales y colectivos.

Por su parte, Blancas Bustamante (2013: 103-104) sostiene que la estabilidad se basa o fundamenta en el principio de continuidad, pero no se confunde ni identifica con éste, del cual viene a ser una expresión concreta vinculada a aquella *resistencia* a la disolución de la relación laboral por acto unilateral del empleador, en que consiste uno de los aspectos de aquel principio. El acceso al derecho a la estabilidad en el trabajo depende de dos situaciones en particular: *i)* Superar el periodo de prueba, y; *ii)* Trabajar cuatro o más horas diarias, entendiéndose así que los trabajadores con contrato a tiempo parcial no tienen protección contra el despido arbitrario. (Arce Ortiz, 2015: 261)

De acuerdo a la doctrina, la estabilidad laboral tiene dos manifestaciones:

- a. ***Estabilidad de entrada.*** La estabilidad laboral de entrada protege al trabajador desde el inicio del vínculo laboral frente a la terminación del mismo, es decir, se

salvaguarda que la duración del contrato de trabajo sea acorde con la naturaleza de las labores que desarrolla el trabajador. Nuestra legislación, de acuerdo al Art. 4° de la Ley de productividad y competitividad laboral, presupone que todo contrato de trabajo es uno de tiempo indefinido, por lo tanto, si las funciones que realiza el trabajador son permanentes, entonces se entiende que el trabajador deberá tener un contrato por tiempo indeterminado; por otro lado, si las funciones que desempeñará el trabajador son de carácter temporal, la contratación deberá ser por tiempo determinado.

- b. ***Estabilidad de salida.*** Es aquella protección frente a la extinción del vínculo laboral, la cual sólo puede darse por causales taxativas. En pocas palabras, aquellos trabajadores que han cumplido con los dos requisitos antes señalados, automáticamente están protegidos por el derecho a la estabilidad laboral y no pueden ser despedidos por causales de carácter subjetivo sino tan sólo por aquellas que se encuentran previstas en la ley y siguiendo el procedimiento respectivo, regulado por la Ley de productividad y competitividad laboral. De acuerdo a su finalidad protectora, la estabilidad laboral de salida puede ser calificada como absoluta (Reposición en el puesto) o relativa (Indemnización, remuneraciones devengadas entre otras).

Si realizamos un cotejo entre la Constitución de 1979 y nuestra Constitución actual, podemos encontrar que la primera consagraba en su artículo 48° una disposición de rango constitucional por la cual se reconocía el derecho a la estabilidad laboral absoluta. En pocas palabras, frente a un despido abusivo o injustificado, la Constitución de 1979 reconocía a la reposición como principal solución ante una controversia de carácter laboral. Por su parte, el artículo 27° de la Constitución de 1993, nos muestra el interés del constituyente en remitir a la ley la regulación respecto a la protección contra el despido arbitrario (artículos 34° y 38° de la Ley de productividad y competitividad laboral).

2.1.1. Fundamentos ontológicos de la protección del empleo

El Derecho Laboral entiende al trabajo como la actividad en donde la persona se desarrolla y actúa de manera que obtendrá los medios materiales o bienes económicos para subsistir. Todos trabajamos día con día con el fin de obtener algo a cambio por la actividad que ejecutamos. La finalidad de tener un trabajo es desarrollarse y ejercer profesionalmente, y al mismo tiempo, obtener un salario justo. La centralidad del trabajo en la vida humana y su directa relación con la dignidad y el desarrollo de la personalidad inspiran los diferentes ordenamientos laborales. Y al ser la empresa, no solo una organización dirigida a la producción de bienes sino una célula social en la que se integra el hombre para su plena realización mediante su trabajo, privilegio, deber y vocación de la persona, el derecho del trabajo ha regulado las relaciones de convivencia que se originan por la ejecución del contrato de trabajo, lo que denota la innegable importancia del trabajo en condiciones adecuadas y dignas para el desarrollo de la vida humana y la sociedad. (Pacheco Zerga, 2007: 29 y ss.)

El reconocimiento de derechos fundamentales sociales, *el constitucionalismo social*, se vincula, en el plano político, a *la transformación del Estado Liberal en Estado Social de Derecho, proceso en el cual la formulación de los derechos sociales e, incluso, la reformulación en clave social de algunos derechos clásicos, constituye un ingrediente esencial para entender ese fenómeno* (Blancas Bustamante, 2011: 20). Así, el deber del Estado no consiste tanto en asegurar directamente el derecho al trabajo de todos los ciudadanos, constriñendo toda la vida económica y sofocando la libre iniciativa de las personas, sino en secundar la actividad de las empresas, creando condiciones que aseguren oportunidades de trabajo, estimulándola donde sea insuficiente o sosteniéndola en momentos de crisis.

La estabilidad laboral posee dos expresiones: la estabilidad de entrada y la de salida, que a pesar de que se encuentren en el comienzo y al final de la relación laboral tienen un grado de comunicación muy intenso. Por tanto, la estabilidad

laboral de entrada se centra en el momento inicial de la relación laboral y vincula la duración del contrato con la naturaleza de las labores. En tal sentido, implica una relación causal entre la naturaleza permanente o temporal de las labores para las que se contrata con duración indefinida o a plazo fijo del contrato que se debe suscribir para llevarlas a cabo. (Villavicencio Ríos, 2013: 318)

2.1.2. Fundamentos constitucionales de la estabilidad laboral

Uno de los cambios que se aprecia, respecto a la Constitución anterior a la vigente, consiste en la ubicación de los derechos laborales, los cuales se encuentran ubicados dentro del Capítulo II “*De los Derechos sociales y económicos*” del Título I “*De la Persona y de la Sociedad*”. De acuerdo a la Constitución de 1993, solo los derechos enunciados en el Capítulo I del Título I son considerados como “*Derechos fundamentales de la persona*”. Ergo, el derecho de estabilidad laboral ya no sería catalogado como un derecho fundamental, sino como un derecho social – económico.

Sin embargo, existen razones de peso, que permiten afirmar que el derecho a la estabilidad laboral sigue siendo un derecho fundamental. Pues bien, la relación de derechos que aparece en el Capítulo I no es taxativa. En efecto: el artículo 3 del propio Capítulo I de la Constitución señala respecto a los derechos fundamentales que “*la enunciación de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza (...)*”. De esta manera el derecho de estabilidad laboral, al estar inserto en la Constitución, es un derecho fundamental de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta. (Toyama Migayusuku, 2008: 33)

La estabilidad en el empleo es un factor que protege a la parte menos poderosa en una relación laboral, busca preservar la dignidad del trabajador, en tanto impone al empleador la obligación de adecuar su conducta a la protección de la persona humana. En este sentido, la estabilidad en el empleo no solo mantiene el vínculo laboral si no se produce ningún elemento impeditivo digno de ser aceptado;

también se convierte en la condición para ejercicio pleno del conjunto de derechos laborales, desde la libertad sindical a la huelga, desde la libertad de expresión al derecho a la intimidad. En otros términos, la estabilidad en el empleo es una garantía irrenunciable para asegurar el estatus de ciudadanía del trabajador en la empresa.

De ahí que *“la estabilidad haya dejado de ser un mero precipitado de principios de interpretación contractual y se haya erigido como integrante del contenido esencial de uno de los derechos estrella del constitucionalismo social: el derecho al trabajo, que ha tenido quizá su desarrollo más fructífero en el principio de estabilidad en el empleo”*. Este reconocimiento del derecho al trabajo no es gratuito, radica en su importancia trascendental para la vida y subsistencia del ser humano, bien jurídico protegido en la totalidad de los ordenamientos jurídico en el mundo.

Según Landa Arroyo (2010: 20) de conformidad con lo que dispone el artículo 23 de la constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo:

- ✓ Promover condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y educación para el trabajo.
- ✓ Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.
- ✓ Asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento.

Al respecto el artículo 22 de la Constitución peruana enuncia que el trabajo es un deber y un derecho, el cual es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Así mismo debemos precisar que a través de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna, el contenido de los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de Derechos Humanos, forman parte del derecho

nacional. Por lo que el ordenamiento peruano acoge lo señalado en el artículo 7 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales, también conocido como “*Protocolo de San Salvador*”, precisa que “*luego de haber sido enunciado en el artículo precedente (artículo 6), supone que la persona goce del mismo – haciendo referencia al trabajo- en condiciones justas*”. (Arce Ortiz, 2013: 500)

2.1.3. Regulación de la estabilidad laboral en las normas internacionales

Un marco jurídico internacional sobre las normas sociales garantiza el establecimiento de condiciones de igualdad en la economía global. Ayuda a los gobiernos y a los empleadores a no caer en la tentación de reducir las normas del trabajo creyendo que ello podría darles una mayor ventaja comparativa en el comercio internacional. A la larga, la utilización de estas prácticas no benefician a nadie, por el contrario: la reducción de las normas del trabajo puede incentivar la generalización de salarios bajos, una formación deficiente y mucha rotación de personal en las industrias, impidiéndose, de este modo, que un país genere empleos más estables y calificados.

La protección del empleo puede conducir a que los trabajadores, al sentirse seguros, asuman riesgos y sean más innovadores. La protección social que brindan, por ejemplo, los regímenes de desempleo y las políticas activas de mercado de trabajo, pueden facilitar la flexibilidad del mercado de trabajo, puesto que hacen que la liberalización y las privatizaciones sean sostenibles y más aceptables para la gente. La libertad sindical y la negociación colectiva pueden conducir a mejores consultas y a una mayor colaboración en la gestión del trabajo, reduciéndose así el número de conflictos laborales costosos y obteniéndose una mayor estabilidad social.

En el caso europeo, el artículo 1 literal a) del Protocolo Adicional de la Carta Social Europea compromete a los Estados Partes a reconocer el derecho a la

igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin ningún tipo de discriminaciones, por lo que deben tomarse medidas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos: *“Acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional”*. La protección del derecho al trabajo debe ejercerse en todos los momentos de la relación laboral: el inicio, en el devenir de la misma buscando su continuidad y aun cuando esta concluye, con la finalidad de salvaguardar los intereses de ambas partes y evitando se vulneren derechos fundamentales. (Sanguineti Raymond, 2007: 95)

Cabe mencionar además, al Convenio Internacional de Trabajo N° 158 de la Organización Internacional de Trabajo, el que si bien tiene eficacia de una recomendación *-toda vez que no está ratificado por el Estado Peruano-* precisa aspectos importantes como *“la posibilidad de que la legislación de los países, pueda reconocer la estabilidad de salida absoluta o relativa”*. De esta forma, el Convenio OIT 158 establece claros lineamientos para la protección contra el despido estableciendo la tutela restitutoria (reposición) como la opción preferente destinada a la cautela del derecho al trabajo, mientras que la tutela resarcitoria (indemnización) operará en defecto de la anterior conforme haya sido regulada por la legislación nacional. (Tovalino Castro, 2014: 10)

2.1.4. Principio de continuidad y causalidad en la legislación laboral peruana

Uno de los principales principios del Derecho del Trabajo es el de la continuidad en el empleo, por medio del cual se propugna la posibilidad y seguridad que tengan todos los trabajadores de conservar su empleo.

El derecho a la estabilidad laboral tiene sus raíces en el principio de continuidad de la relación laboral que consagra el derecho del trabajador a permanecer en el empleo. De allí que se puede afirmar que el derecho a la estabilidad laboral consiste en una garantía jurídica para la conservación del empleo, pudiendo variar el modo o la forma con la que se protege este derecho y, por ende, su eficacia. Por

lo que, la ley tiene el deber de consagrar principios inamovibles, en este caso teniendo en cuenta la vocación de permanencia de las relaciones laborales.

Se debe indicar que, la continuidad en el empleo no implica la negación de la autonomía del empleador, pero tampoco debe entenderse en la posición contraria, que nos ubica frente a la real posibilidad de que el empleador, en algunos casos abuse de sus derechos, o que sus decisiones obedezcan más a una errónea interpretación y aplicación de la facultad legal que le ha otorgado el legislador, que una real necesidad empresarial” afectando derechos inherentes al trabajador. El empleador posee la prerrogativa que le permite actuar de manera completamente autónoma en lo que respecta a elegir el personal que formara parte de su empresa o negocio, sin embargo es necesario recordar que esta potestad debe ejercerse dentro también de marco constitucional, el que proscribire en toda relación laboral el cese del vínculo de manera arbitraria

2.2. El Despido

2.2.1. Noción

El despido como el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fin a la relación de trabajo. Por tanto, el despido es la comunicación que hace el empleador al trabajador de su decisión de poner término a la relación de trabajo. El despido fundado en justa causa debidamente acreditada en el proceso, no acarrea el pago de indemnización algún a favor del trabajador, por lo que debemos analizar aquellos casos de despido en que la ley prescribe esta obligación

2.2.2. Elementos característicos

Blancas Bustamante (2013) señala que el despido, como extinción de la relación de trabajo, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, presenta 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

2.2.3. Causalidad del despido

Como consecuencia de la tendencia generalizada de los ordenamientos laborales a limitar la facultad de despido del empleador como mecanismo de protección del trabajador ante la posibilidad de que 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 carecerá de validez y eficacia. El despido es *una institución causal*, en cuanto sólo se admite como facultad o potestad del empleador en la medida que se configure una *causa justa* que habilita el ejercicio de la misma. A partir del reconocimiento del despido como “institución casual” se plantea necesariamente la cuestión de establecer cuáles son las causas que pueden justificarlo, es decir aquellos supuestos de hecho que al producirse facultan al empleador para extinguir válidamente el contrato de trabajo. (Blancas, 2013)

2.2.4. El despido arbitrario

2.2.4.1. Noción

El término arbitrario es multívoco; pero, en la acepción usada por nuestra Legislación, según el diccionario, significa lo realizado con arbitrariedad; es decir, el acto o proceder, contrario a la justicia, la razón o las leyes, realizado solo por la voluntad o el capricho. Conforme a la segunda parte del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, del 21.03.97, el despido es

arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar este en juicio; pero, estando al concepto general, antes enunciado, el despido arbitrario alcanza también al despido de hecho; es decir, a aquel que se produce sin comunicación escrita o sin la observancia del trámite previo establecido en la Ley; así como al despido nulo y al indirecto, como lo sostuvimos en esa ponencia; pero, el legislador, ha querido relieves estas formas de despido al regularlas en forma independiente.

2.2.4.2. Monto

En el caso de despido arbitrario específico, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios, con un máximo de 12 remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos según corresponda, como única reparación por el daño sufrido, esto es, cuando se trata de trabajadores sujetos a contrato de trabajo a plazo indeterminado. La resolución arbitraria del contrato individual de trabajo sujeto a plazo fijo, una vez vencido el periodo de prueba, acarrea la obligación de pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce remuneraciones.

2.2.4.3. La Protección frente al despido

La trascendencia individual y social que se atribuye, con evidente realismo, al despido he determinado que en este figura se concentren, en mayor medida, los esfuerzos del legislador para rodearla de exigencias sustantivas y formales que, a su vez, constituyan para el trabajador garantías destinadas a protegerlo frente a decisiones extintivas del empleador que sólo tengan como fundamento la discrecionalidad de su voluntad.

Naturalmente, a este grado de protección sólo se ha podido llegar después de una evolución que, *no ha sido lineal* y que se ha caracterizado por la constante divergencia de intereses, entre empleadores y trabajadores acerca de la regulación legal de la extinción del contrato de trabajo. Divergencia esta que, en no pocos casos, se ha resuelto mediante fórmulas legislativas conciliadores entre los principios de *libertad contractual* o de empresa, de un lado, y de estabilidad en el empleo o continuidad, del otro. E inclusive, aunque para un determinado periodo histórico sea posible reconocer un proceso evolutivo, en el sentido de un constante progreso en la creación de mecanismos protectores contra el despido, cada vez más amplios y eficaces—que acaso alcanzó su cenit con su formulación en el plano internacional mediante el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, el año 1982, hoy en día, a la vista de los cambios operados en numerosas legislaciones laborales en la última década, en nombre de la denominada *flexibilización* del derecho al trabajo, resulta difícil sostener el carácter evolutivo de aquel proceso.

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

A. El Despido: Poder Absoluto

En la etapa previa a la formación del derecho del trabajo, cuando los principios e instituciones características de esta disciplina no se encontraban definidos, las relaciones de trabajo cayeron bajo el ámbito de regulación de los Códigos Civiles, que solían encuadrarlas dentro de la figura contractual del arrendamiento de servicios. Bajo esa perspectiva, se consideraba que el contrato podía ser resuelto

libremente, en cualquier momento, por decisión de cualquiera de las partes.

Esta concepción, basada en el principio de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes, concedía al empleador el poder discrecional de despedir al trabajador, sin que la validez de su decisión estuviera condicionada por exigencias de fondo, de forma o, menos aún, por la obligación de resarcir al trabajador por la pérdida de su empleo. La doctrina conoce a esta forma de extinción de la relación de trabajo como despido *ad nutum* que "...ha de entenderse como un ejercicio del poder empresarial sin limitaciones de ninguna clase."

B. El Despido: Poder Limitado

Este modelo de protección, no obstante introducir limitaciones a la facultad extintiva del empleador, no hace posible el juicio de legitimidad del acto de despido, pues el empleador sigue gozando de un facultad *ad libitum* para despedir, bien que estando, ahora, obligado ya sea a respetar una formalidad o a resarcir al trabajador, o, a veces, a ambas cosas, de acuerdo a las opciones del legislador en cada ordenamiento laboral. Al no exigir al empleador que funde su decisión extintiva en un motivo o causa, el incumplimiento en que incurra este por no respetar tales límites, no afectará la validez ni la eficacia del despido, generando, únicamente, el derecho del trabajador a obtener la reparación correspondiente, eventualmente mediante un mandato judicial.

C. El Despido: Poder Excepcional

En el presente modelo, el poder empresarial de despedir al trabajador se transforma en un *poder excepcional* en lugar de configurar un poder ordinario. Ello quiere decir que: *no existe dicha facultad salvo en*

determinadas circunstancias, más o menos excepcionales: el derecho está, en principio, prohibido, salvo que concurra una de las causas justas previstas en la Ley o en la norma jurídica en cuestión.

La causa justa viene, de este modo, a constituirse en el elemento legitimador del despido: en el supuesto habilitante del poder patronal para despedir. La existencia de la causa justa hace emerger el poder empresarial para el despido y convierte a éste en un acto legítimo. Por el contrario, la ausencia de una causa justa supone que el despido es un acto arbitrario, basado en un poder de hecho, pero carente de legitimidad jurídica.

2.2.4.4. La Protección contra el despido arbitrario

Una forma de solución de las antinomias que se producen en el Derecho, asumiendo ellas como incompatibilidades que surgen entre dos normas, consiste en la prevalencia de una de ellas por la solución del principio de jerarquía, como antes ha quedado dicho, logrando que prevalezca la norma constitucional sobre la norma legal (Figuroa Gutarra, 2009: 269). En forma complementaria a esta idea, entre los métodos de interpretación del derecho, goza de amplia aceptación el método de interpretación sistemática, es decir, de concordancia entre una y otra norma, a fin de que el juicio de valor a emitir, de cómo debe ser entendido el derecho, presente una concordancia de relación y vinculación entre las normas invocadas.

Esto es lo que sucede entre los artículos 22° y 27° de la Carta Magna de 1993, pues el fundamento causal del artículo 27° de la Constitución - *adecuada protección contra el despido arbitrario por parte de la Ley*- es enunciado desde basamento mismo del bienestar social que presenta el trabajo - *entendido como deber y derecho*- que enuncia el artículo 22°, sin perjuicio a su vez del propósito de protección interestatal que a su vez

guardan los artículos 6° y 7° del Protocolo de San Salvador, referidos igualmente al derecho al trabajo.

Consecuentemente, desde el momento en que el artículo 27° de la Constitución hace referencia a la calidad programática e su enunciado, quedo como tarea del legislador desarrollar el enunciado y propósito del artículo 27°, más en el ámbito del propósito constitucional del artículo 22°, referido al trabajo como deber y derecho, consecuentemente a entenderlo como derecho al trabajo.

2.2.4.5. Despido nulo

Los supuestos de despido nulo (donde el trabajador puede optar entre la demanda de nulidad-reposición- o de indemnización) importan casos graves de afectación de derechos de los trabajadores, prácticamente se trata de despidos lesivos de derechos fundamentales y en algunos casos se aprecia una represalia por el ejercicio de derechos determinados:

El derecho a la libertad sindical no incluye una protección contra un despido que no tiene la característica de ser un despido en represalia, carácter indispensable para calificar a un despido de nulo con en el presente, caso por afiliación a un sindicato” (sentencia del TC recaída en el Exp. N° 05139-2007-PA/TC).

Los motivos de los cuales procede la nulidad de despido están regulados taxativamente en el artículo 29° de la Ley de productividad y competitividad laboral:

- ✓ La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- ✓ Ser representante o candidato de los trabajadores o haber actuado en esa calidad.
- ✓ Presentar una queja o participar en proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave

contemplada en el inciso f) del artículo 25° de la LPCL.

- ✓ Supuestos de discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma. Sobre este tema, La Corte Suprema ha descartado que esta cláusula no pueda interpretarse en forma limitada y, más bien, debe comprender todo supuesto de discriminación carente de una justificación objetiva.
- ✓ El embarazo si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto. Según la modificación de la Ley N° 27185 este inciso es aplicable siempre que el empleador hubiera sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. Este es el único caso donde se presume el despido nulo; en los demás supuestos el trabajador debe acreditar la existencia del despido nulo.
- ✓ El despido por razón de sida, según la Ley N° 26626.
- ✓ El despido basado en la discapacidad del trabajador, según la Ley N° 27050.
- ✓ Solamente los casos mencionados posibilitan la presentación de una demanda de nulidad de despido. Por consiguiente, están excluidos otros supuestos que puedan suponer una lesión de un derecho constitucional. desde nuestro punto de vista, no habrían causas razonables por las cuales se prevén supuestos típicos de despido nulo y no se consideren, por ejemplo, otros casos de despido discriminatorios como la edad, la condición económica, la buena presencia, la estatura, etc.
- ✓ No existen causas objetivas para limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, más cuando la constitución reconoce el ejercicio de los derechos inespecíficos o de los ciudadanos y prohíbe la discriminación legal. En otras palabras, no deben existir privilegios de actos discriminatorios en la legislación.

- ✓ En caso de despido nulo hay dos posibilidades para el trabajador: solicitar la reposición (en este caso no puede reclamar beneficios sociales, pues se privilegia la pretensión del continuar con la relación laboral) u optar por la indemnización (extinción del contrato laboral). En virtud de lo expresado en el artículo 52° del reglamento de La Ley de Fomento Del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, no es posible acumular las dos acciones antes citadas.
- ✓ La indemnización se confiere cuando el despido de un trabajador se produce por una causal no prevista en las normas legales, o cuando no se cumplen con las formalidades establecidas. Entonces, estamos ante una sanción de un acto arbitrario del empleador, tal como lo indica la sentencia casatoria N° 399-99 de La Sala De Derecho Constitucional Y Social De La Corte Suprema:

(...) se debe considerar en general que todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, por cuanto de un momento a otro, en forma intempestiva el trabajador deja de percibir su remuneración, razón por la que nuestra legislación laboral ha establecido una tarifa indemnizatoria equivalente a un sueldo y medio por un año de servicios, con tope máximo de doce remuneraciones.

2.2.4.6. La aportación de indicios: la carga del trabajador

En los casos de despido nulo, el trabajador debe acreditar la existencia de la causal. En la medida que tal labor resulta compleja y casi imposible, por una serie de principios constitucionales pueden establecerse ciertos criterios que justifiquen una razonable presunción de nulidad del despido con la aportación del trabajador de indicios y rasgos sintomáticos de un despido nulo. En efecto, el principio de socialización del proceso se deriva del reconocimiento del Estado social previsto en el artículo 43° del artículo 22° de la propia Constitución de 1993 y supone que el estado tiene que establecer una serie de reglas y pautas que permitan la relación jurídico-laboral.

En virtud de este principio constitucional, el Juez Laboral debe utilizar sus facultades reconocidas en la LPT de tal manera que determine lo que realmente ha sucedido y concluya si nos encontramos ante una demanda estimatoria de nulidad de despido. En otras palabras, el Juez debe tener certeza de los hechos controvertidos para fundamentar adecuadamente su sentencia. Este sentido, y como existe una libertad en la apreciación de la prueba, el juez se encuentra obligado a realizar un análisis general y específico de cada una de las pruebas que presentan las partes laborales.

En los casos de despidos nulos, el trabajador deberá presentar indicios respaldados en medios probatorios que conduzcan al juez a tener convicción sobre la causa real del despido, sobre la razón de nulidad que motiva el cese laboral. En este sentido, el artículo 41° de la LPT indica que los indicios pueden ser los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de las partes laborales.

La mera alegación del trabajador de la existencia de una causal de nulidad no determina que el empleador demuestre que se producido un despido valido por capacidad o conducta. Se requiere, entonces, de una carga probatoria del trabajador, de la necesaria aportación de indicios y rasgos que puedan crear la convicción al juez sobre la existencia de un despido nulo. Ciertamente, como ya apuntamos, en el caso del despido nulo por razón del embarazo, no existe tal carga probatoria si la trabajadora comunico previamente de su estado de gestación.

El trabajador debe aportar los elementos suficientes - *indicios, principios de prueba*- para que exista una sospecha o probabilidad de lesión alegada. La casi imposibilidad de probar la intención lesiva del demandado deja paso a la exigibilidad de presentar indicios, presunciones, principios de prueba, etc. que culminen en una convicción acerca de la intencionalidad lesiva del

demandado. Ahora bien, como los supuestos de nulidad de despido se contraen en casos de lesión de derechos fundamentales (discriminación, libertad sindical y debido proceso), la prueba de la afectación debiera ser más tenue pues se trata de derechos específicos e inespecíficos constitucionales y que, como tales, merecen la mayor tutela posible.

De esta manera, se debiera utilizar los medios indirectos de prueba que importa aplicar una serie de presunciones que, basado en indicios y las reglas de la experiencia permiten que el juez tenga certeza sobre el despido. Una vez que se determine tales indicios, se requiere que exista un nexo causal entre el acto de despido y los hechos presumidos, salvo en los casos de despido por razón de embarazo. Se debe demostrar que los rasgos e indicios condujeron al empleador a despedir al trabajador. Demostrada tal conexión, el empleador deberá acreditar que el despido se enmarco dentro de una causal prevista en las normas legales. En caso de no hacerlo, se debe entender que existe un despido nulo.

2.2.4.7. La prueba de la causa justa de despido: la carga del empleador

En la medida que nos encontremos ante una serie de presunciones que suponen la aplicación de un nexo causal entre estas y el acto unilateral del empleador de extinguir la relación laboral, corresponderá al empleador la carga probatoria sobre la causal válida de extinción de la relación laboral o que, en caso de que dicha causa no se aprecie, probar que el despido estuvo lejos de la causal de nulidad invocada. Es imperativo que, previamente, el trabajador aporte los elementos suficientes para encontrarnos ante un ambiente o clima de nulidad de despido.

2.3. Adecuada protección contra el despido arbitrario

La extinción del vínculo laboral es una de las cuestiones de mayor impacto y discusión dentro de las relaciones laborales (individuales o colectivas). Esta desvinculación

obligacional implica no sólo la pérdida del empleo sino otras repercusiones de trascendencia humana y social. Cabe señalar que, si bien al extinguirse el contrato de trabajo se genera un respaldo económico derivado del pago de la compensación por tiempo de servicios u otros beneficios sociales impagos, estos no resultan ser suficientes *-muchas veces-* para cubrir todas las consecuencias sobrevinientes a la extinción de este. Arévalo Vela (2016: 221) sostiene que todo contrato de trabajo tiene un principio, un desarrollo y un final. Asimismo, agrega que esta terminación podrá tener su origen en la voluntad unilateral o coincidente de las partes que las establecieron o en causas ajenas a sus deseos, incluidas dentro de estas últimas, la más extrema de todas como es la muerte.

Al respecto el artículo 16° de la Ley de productividad y competitividad laboral establece, las formas mediante las cuales el contrato de trabajo puede ser válidamente extinguido. Destacada doctrina ha agrupado las formas de extinción de la siguiente manera:

- a. Por la voluntad de las partes: el cese colectivo, la renuncia, la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria, el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad, el mutuo disenso y finalmente el despido (En los casos y forma permitidos por la ley)
- b. Por causas externas a la relación laboral: la jubilación, el fallecimiento del trabajador o empleador y la invalidez absoluta permanente.

2.3.1. El despido y el derecho a la reparación

Sin duda alguna, una de las figuras centrales del derecho del trabajo y que a lo largo de la historia ha merecido mayor atención por parte de los legisladores y jueces ha sido el despido. El objetivo principal de lo que supone la dependencia laboral o subordinación es que el trabajador se adecue al ordenamiento que su empleador regule, lo cual incluye cumplir normas de conducta, procedimientos establecidos por el centro laboral y las normas legales. El no cumplimiento de lo antes mencionado activa la facultad disciplinaria que es una de las

manifestaciones del poder de dirección del empleador para sancionar las acciones cometidas por el trabajador. Esta potestad ejercida por el empleador debe operar dentro de un marco de responsabilidad, razonabilidad, inmediatez y siguiendo un debido proceso. El despido se puede definir como aquel acto unilateral por el cual el empleador da por culminada la relación jurídica laboral con el trabajador. (Díaz Castañeda, 2017: 169)

Para Quispe Chávez & Mesinas Montero (2009: 9 y ss.) el despido tiene las siguientes características:

- ✓ ***Es un acto unilateral.*** La extinción se produce por la sola voluntad del empleador sin participación alguna del trabajador, pero siempre por la causa que la ley señale.
- ✓ ***Es un acto recepticio.*** Su eficacia está relacionada con la efectiva comunicación del empleador al trabajador que va a ser despedido.
- ✓ ***Es un acto constitutivo.*** Pues el empleador no tiene que solicitar o proponer el despido a otra instancia, él es quien extingue la relación laboral.

La legislación laboral mediante la Ley de productividad y competitividad laboral y su reglamento regulan los siguientes despidos: *i)* Despido por causa justa; *ii)* Despido arbitrario; *iii)* Despido nulo y *iv)* Despido indirecto. El primero de los despidos mencionados es el que la ley conoce como despido permitido o legal. Respecto a los demás, son despidos vedados o prohibidos por contravenir los derechos constitucionales de los trabajadores.

El artículo 22° de la Ley de productividad y competitividad laboral establece que solo puede despedirse a un trabajador por causa justa señalada en la ley, por lo cual se está reconociendo dos principios fundamentales: el principio de causalidad y el principio de tipicidad. El primero se refiere a la existencia de una causa justa para la procedencia del despido del trabajador, mientras que el segundo, establece

que esa causa justa se debe encontrar tipificada en la ley. Sólo será válido el despido cuando este se justifique en una causa prevista legalmente, de lo contrario esta extinción carecerá de validez y eficacia. No obstante ello, no basta con que se configure la causal de ley para que proceda el despido; además se exige que esta sea debidamente comprobada. (Quispe Chávez & Mesinas Montero, 2009: 16-17)

Dentro de los supuestos que permiten ejecutar un despido justificado es necesario que se invoque una causa justa relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador y para lo cual nuestro ordenamiento jurídico ha establecido una serie de reglas de carácter procedimental, entre ellas que se cumpla con los plazos respectivos y conforme a los principios de inmediatez, razonabilidad y proporcionalidad. Asimismo, que se respete el derecho de defensa del trabajador y que el despido esté motivado en una de las causas expresamente señaladas por ley.

2.3.2. La tutela contra el despido arbitrario

El poder de despedir es legítimo únicamente cuando existe una causa justa, lo contrario a ello, vendría a considerarse como despido ilegítimo o arbitrario. Nuestra Constitución, en su artículo 27°, reconoce a todos los trabajadores el derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario. A partir de este dispositivo de rango constitucional, se remite a la ley a crear mecanismos de protección para el trabajador afectado. Nótese dos características claves de esta norma: Primero, la Constitución proscribiera el despido arbitrario, toda vez que pone fin de forma definitiva a la relación laboral, afectando al trabajador. Segundo, lo imperativo de esta norma recae en la palabra “adecuada”, es decir, no se debe otorgar cualquier protección, sino una que tenga la cobertura necesaria para velar por los derechos laborales vulnerados del trabajador.

2.3.2.1. Reparación resarcitoria

ARCE señala que a partir del artículo 34° de la LPCL, el despido arbitrario se puede dividir en dos grandes grupos: los incausados y los que a pesar de

tener causa ésta no se puede probar en el juicio. De este último supuesto cabe diferenciar dos casos: el primero, donde no hay despliegue de actividad probatoria alguna del empleador y, el segundo, donde sí la hay, pero deviene en insuficiente. (Arce Ortiz, 2015: 56)

En esa misma línea, los artículos 34° y 38° de la Ley de productividad y competitividad laboral disponen que, si el despido no se basa en causa justa o el empleador no puede demostrarla en un juicio impulsado por el trabajador, éste tiene derecho al pago de una indemnización tarifada equivalente a una remuneración y media por cada año completo de servicios con un máximo de 12 (doce) remuneraciones, como única reparación. Al respecto, se debe precisar que el pago de la indemnización por despido arbitrario varía de acuerdo al tipo de contrato de trabajo que las partes hayan suscrito. En ese sentido, si el contrato fue uno de plazo indeterminado, se aplicará lo expuesto líneas arriba, mientras que, para los contratos a plazo fijo o determinado, la indemnización equivale a una remuneración y media mensual por cada mes dejado de laborar.

Monzón Zevallos (2016 abril: 75) refiere que el artículo 34° de la Ley de productividad y competitividad laboral ya regulaba el despido incausado y el fraudulento, para lo cual, en ambos supuestos el trabajador tenía derecho al pago de una indemnización como única forma de reparación por el daño sufrido a consecuencia del despido arbitrario (tutela resarcitoria). A nivel doctrinario, la tutela que ofrece la Ley de productividad y competitividad laboral respecto del despido arbitrario sigue siendo discutida, es así que, Quispe Lovatón (2016: 581-582) señala que la única verdadera adecuada protección frente al despido arbitrario es la reposición, mientras que, Toyama sostiene que la Ley de productividad y competitividad laboral no transgrede la Constitución e n la medida que prevé, como regla general, el pago de una indemnización ante un despido arbitrario. La LPCL cumple lo

dispuesto en la Constitución al regular un tipo de protección a los trabajadores despedidos arbitrariamente.

Finalmente, resarcir económicamente al trabajador que ha sido despedido de forma arbitraria es, en el derecho laboral comparado, la tendencia de tutela actual, dejando para ciertos casos a la reposición como reparación de este despido. Esto se ve reforzado con el artículo 10° del Convenio N°158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, el cual señala que, “(...) *los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llevan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la practica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador; tendrá la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada*”. Asimismo, el artículo 7° del Protocolo de San Salvador también ha reconocido que *en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional*

2.3.2.2. Reparación restitutoria

El Tribunal Constitucional ha sido el principal referente de la reestructuración del derecho del trabajo en nuestro país. A partir de inicios de la década pasada, este órgano supremo ha creado un régimen legal paralelo al regulado en la legislación laboral ordinaria. El Tribunal Constitucional en atención al caso Telefónica, modificó de manera radical el sistema de protección de la estabilidad laboral en el Perú, ampliando los supuestos de reposición al centro de trabajo, especialmente en el caso de los despidos sin expresión de causa o incausados (también llamados despidos improcedentes).

El Tribunal Constitucional a su vez, reconoció otro tipo de despido inconstitucional, conocido como *despido fraudulento*, en este tipo de despido se le imputa determinado hecho a un trabajador, basado en hechos inexistentes, falsos o imaginarios. En ambos casos, queda a criterio del trabajador optar por la indemnización tarifada o por la reposición. Sobre el criterio establecido por el TC, Puntriano Rosas (2016 agosto: 19) considera que lamentablemente, nuestro TC permitió el retorno al régimen de los 80 al habilitar a la reposición, a elección del trabajador, como mecanismo restitutorio contra el despido arbitrario. Ello a través de la doctrina jurisprudencia y luego de un precedente vinculante sobre la materia (Caso Baylón Flores).

III. LEGISLACIÓN NACIONAL

Según el artículo 38 del Decreto Supremo 003-97-TR para el caso de que el despido haya sido injustificado.

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.

Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la indemnización por despido arbitrario lo contempla los siguientes artículos:

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 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.

IV. JURISPRUDENCIA O PRECEDENTES VINCULANTES O PLENOS JURISDICCIONALES

4.1. Jurisprudencia

4.1.1. Casación 4385-2015, Huancavelica. Solo en este supuesto corresponde indemnización por daño moral al trabajador despedido

En esta jurisprudencia lo aborda de la siguiente manera:

(...)

DÉCIMO SÉTIMO.- Compartiendo, el razonamiento arribado, resulta correcto indicar, que la Sala Superior hace bien en sostener si bien todo cese o despido, afecta el ánimo del trabajador, éste no puede ser elemento suficiente para concluirse que el daño moral deriva de la extinción de la relación laboral, pues como se ha venido desarrollando en la presente resolución, tal situación solo se presenta cuando se vulneren los supuestos previstos por el Artículo 23° de la Constitución Política del Perú, es decir, cuando en la relación laboral se menoscaben derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, a la integridad de la persona o conductas que provoquen el menoscabo jurídicamente relevante en la esfera afectiva o sentimental del trabajador como la imputación injustificada de conductas delictivas o contrarias a la moral o a la ética que afectan el honor o reputación del trabajador. Asimismo, se dejó establecido que el daño moral, no se produce por cualquier variación menor, o natural de las condiciones de existencia, sino que esta se acredita con la alteración anormal y negativa de las mismas, jurídicamente relevante en materia de responsabilidad civil y por la gravedad y, lo evidentemente extraordinario. Siendo así las conclusiones evacuadas en el Dictamen Psicológico número 003-2014-VRPJ/DPTO-PSIC/HDH evidencian una afectación psicológica, se determinó que dicho diagnóstico no es suficiente para establecer la relación de causalidad entre el cese irregular y la aflicción del actor. Debe tenerse en cuenta que si se inició con el cese por estrés, también se han indicado condiciones familiares que han desencadenado dicha afectación, como es la enfermedad de uno de sus hijos y tener familiares dependientes a su cargo, más aun que el mismo tuvo la oportunidad de reincorporarse a su centro de labores, cuando en el año dos

mil tres, fue declarado como un trabajador cesado irregularmente y lo registró como tal para que opte por cualquiera de los beneficios que establece la Ley número 27803, habiendo optado por la compensación económica. Siendo ello así; y, al no evidenciarse vulneración al derecho del recurrente el recurso deviene en infundado.

4.1.2. Sala Laboral Permanente de Huancayo. Expediente N° 00910-2016-0-1501-JR-LA-02. Despido arbitrario por exceso en la sanción, pago de indemnización tasada y daño moral

En su fundamento destacado señala:

(...)

9. Antes bien, el debido proceso formal comprende iniciar el proceso de despido observando el principio de inmediatez, esto es, la rápida reacción del empleador en instaurar el proceso disciplinario ante el conocimiento de la falta laboral que se le acusa al trabajador, otorgándole su derecho a la defensa, respetando las formalidades y plazos legales en su procesamiento y sanción. En cambio, el debido procesal sustancial, está referido a la fundamentación objetiva de la decisión disciplinaria, la aplicación correcta de la causa legal de la sanción, observando el principio de tipicidad, en correspondencia o congruencia con los cargos inicialmente imputados, y a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida disciplinaria aplicada (STC N° 00045-2004-PI/TC), a la luz de los hechos probados que configuran la falta cometida por el trabajador, esto es, ponderar y graduar debidamente la opción correctiva sea de amonestación, suspensión y despido o destitución (STC N° 1767-2007-PA/TC). Sobre la vulneración al debido proceso sustancial en el procedimiento de despido del trabajador, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 1058-2004-AA/TC,

10. De acuerdo al artículo 22 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral (En adelante sólo LPCL), aprobado por el D.S. 003-97-TR, el despido sólo puede producirse por la existencia de una causa justa relacionada a la capacidad o conducta del trabajador. Asimismo, la citada LPCL establece que el empleador no puede despedir a su trabajador sin antes haber seguido un procedimiento previo de despido, consistente en imputar al trabajador, por escrito, la presunta falta cometida, otorgándole un plazo razonable no menor de 6 días naturales para que presente sus descargos, salvo el caso de falta grave flagrante, o de 30 días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Incluso el empleador puede exonerar al trabajador 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 beneficios que le corresponden (Artículo 31° de la LPCL).

11. Adicionalmente, para los casos señalados en los dos párrafos anteriores, el artículo 31 de la LPCL exige la observancia del Principio de Inmediatez, sin establecer una definición ni las condiciones que deben cumplirse para su debida observancia, generando algunas confusiones respecto a cómo proceder para su aplicación, y que la jurisprudencia se encarga de clarificar.

4.2. Jurisprudencia Vinculante

4.2.1. Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N° 06459-2013-PA/TC, LIMA. Procede reposición del trabajador si se acredita que no aceptó indemnización por despido arbitrario.

En este recurso en sus considerandos establece:

(...)

3. En el presente caso, la accionante cuestiona el despido arbitrario del cual ha sido objeto; sin embargo, se observa de lo actuado que la demandante habría cobrado la indemnización por despido, lo que denotaría una supuesta aceptación de la trabajadora por el despido sufrido. En el contexto descrito, este Tribunal considera que antes de realizar el análisis del despido arbitrario alegado por la recurrente, es menester evaluar si la actora procedió a cobrar o no el pago por indemnización regulado en los artículos 34 y 38 del Decreto Supremo 003-97-TR.

4. Previamente, importa recordar que el Tribunal, en la sentencia proferida en el Expediente 3052-2009-PA/TC, publicada el 23 de agosto de 2010, varió de criterio jurisprudencial, señalando que el cobro de los beneficios sociales por parte del trabajador no constituía impedimento para recurrir al proceso de amparo a solicitar la reposición laboral. En dicha sentencia, este Tribunal hizo una distinción entre el cobro de los beneficios sociales y el cobro de la indemnización por despido arbitrario; a saber: el primero no implica consentimiento alguno del despido arbitrario; el segundo conlleva la terminación del vínculo laboral, por cuanto se está optando por la eficacia resarcitoria frente al despido, y no por la eficacia restitutoria; esto es, por la protección procesal prevista a través del proceso de amparo constitucional.

(...)

8. Al respecto, este Tribunal debe recalcar que la situación antes descrita, esto es, el depósito de los beneficios sociales y la indemnización (por despido) por parte de la Dirección Nacional de Inteligencia en la cuenta de ahorros de la recurrente transgrede lo establecido en la STC 03052-2009-PA/TC, que constituye precedente (fundamento 36, inciso c), pues el hecho de que la emplazada deposite ambos conceptos en la cuenta de ahorros de la accionante sin la manifestación de voluntad de aceptación del pago de la indemnización de la trabajadora, vulnera las reglas del citado precedente

4.2.2. Casación Laboral N° 2228-2016, Lima. Suprema establece requisitos para la configuración de un despido fraudulento

En este recurso, en sus considerandos establece:

(...)

Décimo Primero: Entre los elementos que caracterizan y deben ser tomados en cuenta para que se configure un despido fraudulento, Blancas Bustamante sostiene

lo siguiente: “Ésta es otra categoría de despido cuya invalidez proviene del hecho de que el empleador utiliza, formalmente, las disposiciones de la ley para justificar un despido que carece de justificación real. Se configura este supuesto, según lo indica, la Sentencia Tribunal Constitucional del 13 de marzo de 2003, cuando: a) se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, b) se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, c) se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o d) mediante la fabricación de pruebas”.

De lo descrito, se infiere que para la configuración de un despido fraudulento, existen una serie de requisitos que deben presentarse y analizarse en virtud de lo actuado al interior del proceso, siendo ello así, debe tenerse en cuenta que debe concurrir, los siguientes elementos: a) Se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios. b) Se atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad. c) Se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad. d) La fabricación de pruebas.

4.2.3. Casación 5008-2010, Lima. Recibir indemnización laboral no impide demandar indemnización por daño moral en la vía civil

En este recurso, en sus considerandos establece:

(...)

Noveno.- Que, con respecto al cuestionamiento de la Empresa recurrente en el sentido de que no le corresponde el pago por concepto de daño moral porque el Decreto Supremo cero cero tres – noventa y siete – TR, no contempla el pago de este concepto indemnizatorio, cabe señalar que si bien es cierto que el artículo treinta y cuatro del citado Decreto Supremo establece que el trabajador que haya sido despedido arbitrariamente tiene derecho al pago de la indemnización regulada en el artículo treinta y ocho de la misma norma, como “única” reparación por el daño sufrido, sin embargo ya la Corte Suprema de Justicia, en la Casación número trescientos noventa y nueve – mil novecientos noventa y nueve expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha señalado que “este sistema tarifario es interpretado por la doctrina tradicional como aquella que cubre la totalidad de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales (...) mientras que otros autores opinan que la indemnización tarifaria sólo involucra el aspecto laboral, mas no el civil”, decantándose el citado Colegiado Supremo por esta segunda posición, no sólo porque nuestra legislación civil en su artículo mil novecientos ochenta y cuatro faculta expresamente a promover la demanda para efectos de obtener la reparación por el daño moral en concreto, sino porque además “(...) se debe considerar en general que todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, por cuanto de un momento a otro, de forma intempestiva, el trabajador deja de percibir su remuneración (...)”. Este Supremo Tribunal comparte esa posición, toda vez que la indemnización tarifada – equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios- importa la reparación del daño patrimonial inmediato ocasionado a la víctima a consecuencia de la pérdida del empleo y el quebrantamiento de la relación contractual laboral, lo que no impide que en la vía civil pueda intentarse

las acciones correspondientes para obtener el resarcimiento de los daños producidos en el ámbito extracontractual; razones por las cuales concluimos que este extremo del recurso de casación también debe ser desestimado.

4.3. Acuerdo Plenario

4.3.1. V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional: Indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despido fraudulento y despido incausado.

Su desarrollo es como sigue:

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

La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas.

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

V. DERECHO COMPARADO

5.1. En Argentina

Por el mandato de la Constitución Nacional, que en su artículo 14° bis establece que la Ley debe garantizar al trabajador protección contra el Despido Arbitrario, el Legislador Argentino diseñó un mecanismo no demasiado complejo. Ni, como se verá particularmente eficaz para otorgar a aquel una tutela frente a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, según se precisa descripción utilizada en el Convenio 158 de la OIT.

El sistema, que se adapta a un modelo de estabilidad relativo impropia para un contrato típico y preferido por tiempo indeterminado, admite un número limitado de causas que le quitan ilicitud al distracto, exige formalidades y en algunos casos el agotamiento de un procedimiento y, con excepción del despido por injuria grave, impone el pago de indemnizaciones. Si bien estos cuatro instrumentos principales *-causa, forma, procedimiento e indemnización-* tienen un tratamiento común a todas las relaciones de trabajo del sector privado, también la Legislación contempla reglas especiales para algunos de ellos según la fecha de contratación y la dimensión de la empresa y, aun, en algunos casos de excepción, de acuerdo con la actividad que se trate.

Con excepción del despido con justa causa o por injuria laboral grave, todos los supuestos de terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador lo obligan a pagar una indemnización tarifada al trabajador. Las indemnizaciones por despido están legalmente tarifadas con base en la remuneración del trabajador y su antigüedad en el empleo. Y, también desde entonces, con el brevísimo periodo de excepción comprendido entre el 25 de septiembre de 1989 y el 26 de diciembre de 1991, la base salarial siempre tuvo un tope.

En la actualidad, la indemnización que se toma como referencia y que puede calificarse como indemnización normal es el establecido en el artículo 245° de la LCT. A partir de ella aparecen modificaciones según la fecha de contratación y reducciones o incrementos en razón de la causa del despido o la situación del trabajador o del empleador. Además de la indemnización normal-sea la del artículo 245° de la LCT o la del artículo 7° de la Ley 25.013-, la Ley contempla indemnizaciones adicionales en razón de la causa del despido, de la situación del trabajador o de la situación del empleador.

5.2. En España

Conforme al artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, el despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo. Encontramos por tanto dos posibilidades de que se acuerde la improcedencia del despido, a las que implícitamente nos hemos referido al estudiar el despido procedente, cuales son la falta de acreditación de los hechos o la falta de cumplimiento de los requisitos formales. No obstante, ello ha de ser matizado, pues igualmente improcedente es el despido en el que se acredita en su fase probatoria la realidad de los hechos imputados en la carta de despido, sin que sin embargo éstos no faculten legalmente para despedir, con los matices que, a ello, añade además la “teoría gradualista”, antes citada. Resulta ahora de mayor interés detenernos en dos figuras legales, relativas a la forma en la que se produce el despido, y que dan lugar a un importante número de demandas judiciales. Se trata de los supuestos de despido verbal y despido y despido tácito.

El subsidio de desempleo se percibe en caso de desempleo involuntario, o cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. Para tener derecho a recibir el subsidio de desempleo es necesario que el trabajador haya cotizado como mínimo 360 días en los últimos seis años y esté inscrito en una oficina de empleo. Los trabajadores en período de prueba también están cubiertos. La duración del subsidio varía en función del número de días cotizados, hasta un máximo de 720 días.

5.3. En Alemania

La empresa está obligada a intentar evitar el despido ofreciendo al/la empleado/a otra posición. Esto se aplica también a los despidos individuales. Por lo demás la

intervención de la autoridad pública- la agencia federal de empleo- en la conducción del proceso es muy intensa, y puede dirigirlo, como es el caso, hacia medidas de suspensión de los contratos de trabajo que sustituyan provisionalmente a los despidos previendo el cambio de las condiciones desfavorables que aconsejaban la rescisión colectiva de contratos. La intervención pública busca el control de estos procesos y se basa en la concepción del despido como “ultima ratio”.

En Alemania el despido con plazo de preaviso tiene que ser justificado por ciertas causas, bajo el concepto “justificación social”. Nuestra ley de protección contra el despido, distingue entre: el despido por necesidades urgentes de la empresa; el despido por razones inherentes a la persona del trabajador; y el despido basado en el comportamiento del trabajador. Sin entrar en detalles, se da básicamente, como en otros países, una ponderación de los intereses del trabajador despedido al mantenimiento de su puesto de trabajo frente a los intereses del empresario a cierta flexibilidad en la colocación de su personal.

La ley de protección contra el despido solamente contiene las citadas cláusulas generales, es la jurisprudencia la que finalmente decide cada caso basándose en criterios que han sido desarrollados para cada tipo de despido. Las demandas de protección contra despidos ocupan el primer lugar en la práctica jurisdiccional.

VI. CONCLUSIONES

- 6.1. 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.
- 6.2. 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.
- 6.3. En la indemnización, 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.
- 6.4. La indemnización de las remuneraciones bajo la forma de lucro cesante no

generará resultados exactamente iguales a los pagos hechos bajo la postura restitutoria. La indemnización se dirige a borrar los efectos de la lesión a ese derecho, cosa que es muy distinta. Así, en la responsabilidad civil se trata de evitar que la indemnización sobrepase el daño efectivamente causado porque eso generaría un enriquecimiento indebido de la víctima.

VII. RECOMENDACIONES

- 7.1. Se sugiere que estando ante la causal de omisión de procedimiento del despido, debería otorgarse una indemnización adicional a la establecida en el Decreto Legislativo 728. Asimismo, en el supuesto de despido por represalia, se le debe de notificar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a fin de que tengan conocimiento y fiscalicen a dichas empresas, para no vulnerar los derechos fundamentales del trabajador, en caso contrario, protegerlos y tutelarlos.
- 7.2. 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.
- 7.3. 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.
- 7.4. Se debe otorgar una indemnización por daño moral a un trabajador que ha sido despedido (cualquier sea el tipo de despido), puesto que, la ley reconoce el pago

de la compensación por tiempo de servicios y una indemnización por despido arbitrario como reparación de la extinción del vínculo laboral, una indemnización adicional generaría inseguridad jurídica en nuestro sistema laboral. Sin embargo, somos de la idea que esta pretensión debe ser correctamente amparada frente a los pedidos de nulidad de despido inconstitucional, ya sea en vía ordinaria o mediante proceso de amparo.

IX. ANALISIS DEL CASO

En la sentencia de primera instancia, se advierte que los fundamentos que RESOLVIO declarar fundada en parte la demanda interpuesta por IMÁN VÁSQUEZ SANTOS FRANCISCO, contra SOLMAR SECURITY S.A.0 sobre INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO Y OTRO, más intereses legales, costas y costos procesales, desarrollado en el Expediente N° 02328- 2014-0-2501-JR-LA-06, del Sexto Juzgado de Trabajo – NLPT, de la Corte Superior de Justicia del Santa, es como se detalla:

(...)

UNDÉCIMO: Presupuestos esenciales para determinar si resulta existente o no la causa justa de despido. Cabe señalar que en un caso de Despido, existen dos puntos que resultan esenciales para determinar si resulta existente la causa justa de despido o si por el contrario la inexistencia de dicha causa genera la existencia de un despido arbitrario; primero, si se ha llevado a cabo el debido procedimiento de un despido, mediante carta de pre aviso y carta de despido y segundo, si la conducta o capacidad del trabajador encaja en el supuesto jurídico de una causa justa de despido; una vez corroborados estos dos puntos se puede afirmar que estamos ante un despido stificado, sin derecho a indemnización alguna; sin embargo cabe la posibilidad de que no puedan ser corroborados y generen a su vez la existencia de un despido arbitrario, por lo que se procede a analizar de la siguiente manera: Respecto al Debido Proceso, es menester señalar, que uno de los derechos fundamentales que puede ser violado al despedirse a un trabajador es el debido proceso. Como lo señala Toyama Miyagusuku, Agui Reynoso y Arellano Mori (4), antes del 11 de septiembre del 2002 (fecha de publicación de la STC Expediente N° 1124-2001-AA/TC), el Tribunal Constitucional fue perfilando en sucesivos pronunciamientos la postura que adoptaría sobre el despido en el Perú, emitiéndose fallos en los que se ordenó la reposición de trabajadores por violación del debido proceso (o debido procedimiento) y dentro de este derecho en concreto la vulneración del derecho de defensa. Se trata de una serie

de supuestos en los que el empleador incumple diversas disposiciones legales en el procedimiento de despido que ponen al trabajador en indefensión formal, de modo que el despido es considerado inconstitucional, citando al respecto la Sentencia del Tribunal Expediente N° 10089-2005-PAIT (5). Así pues el Derecho al debido proceso; no sólo es aplicable a nivel judicial y administrativo, sino también en los procedimientos de las entidades privadas; es decir, se aplica a los particulares y en especial en el procedimiento del despido, en el caso de autos la demandada cumplió con las formalidades de remitir al actor la carta de preaviso de despido y de despido conforme lo señala el artículo 31 y 32 del Decreto Legislativo N° 728.

Así mismo **con relación a la conducta o capacidad del trabajador**, la demandada argumenta en su escrito de contestación de demanda de folios 415 que el actor el día 16 de setiembre del 2014 a horas 23:01 se le encontró con otros agentes de Protección durmiendo en la Embarcación Pesquera de Tasa 210, momento que debía estar prestando servicios en la Chata Tamakun, encontrándose en estado de alerta y atención permanente debido a que su representada le pagaba Horas Extras, por lo que al no encontrarse en su puesto de trabajo se le suspendió tres días, sin embargo posteriormente tomaron conocimiento que no solo había abandonado su puesto sino que se había quedado dormido dejando su puesto sin ningún tipo de vigilancia, al inicio su representada pensó en sancionarlo en forma leve, sin embargo al haberse quedado dormido el actor se decide sancionarlo en forma drástica cursándole su carta de preaviso. Así mismo de las fotografías que obra a folios 189 aparece que efectivamente el actor el día 19 de septiembre del 2014 a las 23:00 estuvo durmiendo sin embargo también es cierto que la demandada le curso la papeleta de Sanción Disciplinaria en el que se le amonesta con Suspensión por el plazo de tres días, al haber abandonado su puesto de guardia (Chata Tamasun) el mismo que comprende sde el 20 al 22 de septiembre del 2014 (ver a folios 181/182), por lo que al haberse aplicado ya una sanción de suspensión por el plazo de tres días por la infracción cometida por el actor el día 16 de septiembre del 2014, no se puede dar una doble sanción por dicho hecho conforme lo ha dado la emplazada al haber expedido la carta de preaviso de despido y la carta de despido (ver a folios 65/66) de acuerdo al El principio “non bis in ídem” o “ne bis in ídem” constituye la prohibición de aplicar dos o más sanciones ante un sólo hecho, por lo que el despido ocasionado por la demandada sería arbitrario al haberse privándose de ese modo a su derecho constitucional al trabajo, por lo que resulta amparable la indemnización por despido arbitrario que se solicita.

DUODÉCIMO: Cálculo de la Indemnización por despido arbitrario.

A efectos de determinar la liquidación de este beneficio, tenemos que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 38° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que prescribe que: "La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de los servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se por doceavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba".

En el caso de los actuados teniendo en cuenta que el actor laboro desde el 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014, por lo que se procede a efectuar la liquidación respectiva.

(...)

VIGÉSIMO PRIMERO: En conclusión

Estando a los medios de pruebas admitidas y actuadas en la audiencia de juzgamiento, se arriba a la conclusión que, existió despido arbitrario y le corresponde a la demandada pagar a favor del actor, por el periodo de 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014 (S/.11,495.80), por el Reintegro de C.T.S (S/.471.95) por el periodo del 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014; Reintegro de Gratificaciones (S/.850.02) por el periodo de Julio y Diciembre del 2009, 2010, julio 2011, julio y diciembre del 2012, Julio del 2013 y julio del 2014; Reintegro de Vacaciones (S/.882.73), por el periodo del 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014; Reintegro de Remuneraciones por el periodo por el periodo del 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014 (S/.2,497.58); Reintegro de Horas Extras (S/.3,964.91); Reintegro de Domingos (S/.777.23), Bonificación por Horario Nocturno (S/.1,856.28) por el periodo por el periodo del 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014. Por lo que mados dichos montos tenemos que la demandada le adeuda el importe total de S1.22,796.5 Nuevos Soles, más el pago de intereses legales, costas y costos del proceso que se liquidaran en ejecución de sentencia. Resultando infundada la demanda por los conceptos de Reintegro de Gratificaciones del periodo de Diciembre del 2011, Diciembre del 2013 y Diciembre del 2014

En consecuencia el referido juzgado Resuelve:

1) DECLARANDO FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA interpuesta por IMÁN VÁSQUEZ SANTOS FRANCISCO contra SOLMAR SECURITY S.A.C. sobre INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO por el periodo de 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014, REINTEGRO DE C.T.S por el periodo del 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014; REINTEGRO DE GRATIFICACIONES por el periodo de Julio y Diciembre del 2009, 2010, julio 2011, julio y diciembre del 2012, Julio del 2013 y julio del 2014; REINTEGRO DE VACACIONES, por el periodo del 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014; REINTEGRO DE REMUNERACIONES por el periodo por el periodo del 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014; REINTEGRO DE HORAS EXTRAS; REINTEGRO DE DOMINGOS, BONIFICACIÓN POR HORARIO NOCTURNO por el periodo por el periodo del 01 de enero del 2009 hasta el 17 de septiembre del 2014; CONDENÁNDOSE a la demandada a pagar al demandante la suma de VEINTIDÓS MIL SETECIENTOS NOVENTISEIS CON 5/100 NUEVOS SOLES (S1.22,796.5 Nuevos Soles), más el pago de intereses legales, costas y costos del proceso que se liquidaran en ejecución de sentencia;

2) DECLARESE INFUNDADA LA DEMANDA interpuesta por IMÁN VÁSQUEZ SANTOS FRANCISCO contra SOLMAR SECURITY S.A.C. sobre REINTEGRO DE GRATIFICACIONES del periodo de Diciembre del 2011, Diciembre del 2013 y Diciembre del 2014

En la sentencia de segunda instancia, goza del mismo sustento es decir, confirman la sentencia venida en grado, en mérito al siguiente argumento,

PRIMERO: Que, la demandada deduce nulidad de la resolución número ocho, aduciendo que no se ha notificado válidamente la sentencia, lo que se acredita con el acto de la notificación en el presente caso y demás argumentos que expone,

SEGUNDO: Que, el artículo 171° del Código Procesal Civil, aplicada supletoriamente a todos los procesos laborales, sostiene "La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal, careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad" y como complemento de lo precedentemente expuesto, el artículo 175° inciso 2) del Código acotado, establece que el pedido de nulidad será declarado inadmisibles o improcedentes, según corresponda, cuando se sustente en causal no prevista en este Código.

TERCERO: Que, como se observa en la Constancia que da cuenta sobre la notificación de la Sentencia en la Resolución Cinco que obra en folios 49, refiere que sólo hubo asistencia de una de las partes; es decir sólo del apoderado del demandante e inasistencia de la demandada,

CUARTO: Que, el primer párrafo del artículo 13 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, indica: "En las zonas de pobreza decretadas por los órganos de gobierno del Poder Judicial, así como en los procesos cuya cuantía no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP) las resoluciones son notificadas por cédula, salvo que se solicite la notificación electrónica. Las notificaciones por cédula fuera del distrito judicial son realizadas directamente a la sede judicial de destino. Las resoluciones dictadas en audiencia se entienden notificadas a las partes, en el acto"; coligiéndose, extensivamente, que todos los actos procesales realizados en las audiencias, ya sea de vista de la causa, se presumen notificadas a las partes en las mismas, esto, sustentado en el principio de celeridad recogido en el artículo I del Título Preliminar de la mencionada Ley; así también, el artículo 47 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo establece: "...Concluidos los alegatos, el juez, en forma inmediata o en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, hace conocer a las partes el fallo de su sentencia. A su vez, señala día y hora, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, para la notificación de la sentencia. Excepcionalmente, por la complejidad del caso, puede diferir el fallo de su sentencia dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores, lo cual informa en el acto citando a las partes para que comparezcan al juzgado para la notificación de la sentencia", pudiendo, la sentencia, ser notificada solamente en la audiencia de juzgamiento o en su defecto dentro de los cinco días siguientes de realizada dicha diligencia.

QUINTO: Que, consecuentemente, atendiendo a la presunción legal desarrollada en el considerando anterior, se colige que, la parte demandada, a pesar de su incomparecencia, conoció de los actos procesales realizados en las audiencias, y por ende, las fechas fijadas para cada una de las actuaciones procesales, dentro de ellas, el plazo legal para impugnar la sentencia emitida, la que empieza a correr desde el día hábil siguiente a la audiencia o de citadas las partes para su notificación; por lo que, en mérito a lo señalado, no se evidencia vulneración alguna al derecho de defensa de la demandada; por estas consideraciones, la nulidad formulada bajo tales términos no resulta atendible.

Por tanto resuelve, CONFIRMARON la resolución número nueve de fecha 03 de diciembre de 2015, que resuelve declarar infundada la nulidad deducida por la demandada.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- Arce Ortiz, E. (2015). *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales*. (3ra Ed.). Lima, Peru: Ubi Lex Asesores.
- Arce Ortiz, E. (2013). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Arévalo Vela, J. (2016). *Tratado de Derecho Laboral*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. (3ra. Ed.) Lima, Perú: Jurista Editores.
- Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la PUCP.
- Díaz Castañeda, L. A. (2017). La adecuada protección contra el despido arbitrario. ¿Se debe otorgar una indemnización por daño moral?. En, *Revista de la Facultad de Derecho - IUS*, Núm. 13. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Perú.
- Figueroa Gutarra E. (2009). *Despido Arbitrario. Estudio Constitucional, Comparado y Jurisprudencial*. Lima, Perú: San Marcos E.I.R.L.
- Garavito León, S. E. (2016). *Indemnización por Despido Arbitrario de acuerdo a los años laborados desde la perspectiva de los Operadores Jurídicos de la Corte Superior de Justicia de Lima Este – 2016*. (Tesis de título). Universidad Cesar Vallejo. Lima, Perú.

- Gonzales Nieves O. (2014). *Presupuestos fácticos y jurídicos que determinan la obligación legal de indemnizar por daño extra patrimonial al trabajador de la actividad privada producto del despido*. (Tesis de título). Universidad Nacional de Trujillo. Perú.
- Landa Arroyo, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Monzon Zevallos, W. (2016 abril). El costo que genera el despido arbitrario en el Perú. En, *Revista Soluciones Laborales*. Año 8, Núm. 100. Peru.
- Pacheco Zerga, L. (2007). *La dignidad humana en el derecho del trabajo*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Puntriano Rosas, C. (2016 agosto). Crítica al pago de una indemnización por daño moral como consecuencia de un despido arbitrario. En, *Revista Soluciones Laborales*, Año 9, Núm. 104.
- Quispe Chávez, G. & Mesinas Montero F. (2009). *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Quispe Lovaton, W. (2016). El despido injustificado: análisis sobre los límites que genera su clasificación en la interpretación judicial. En VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad social, SPDTSS, Lima.
- Sanguineti Raymond, W. (2007). *Derecho constitucional del trabajo. Relaciones de trabajo en Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

- Torres-Vera, G. (2015). *La indemnización frente a la nulidad del despido. Especial referencia a los trabajadores amparados por la ley 24041*. (Tesis de título). Universidad de Piura. Perú.
- Tovalino Castro, F. (2014). *El despido: análisis con base en criterios jurisprudenciales*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). *Derecho Individual de Trabajo. Un enfoque teórico-práctico*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Toyama Migayusuku, J. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Villavicencio Ríos, A. (2013). El derecho al trabajo: tránsito del despido libre al derecho constitucionalmente garantizado. En, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. Núm. 21. Perú.
- Zapata Tapia, D. M. (2018). *La evolución de la protección frente al despido de los trabajadores de confianza a propósito de la Casación Laboral N° 18450-2015*. (Tesis de Título). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, Perú.

ANEXOS