



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**“LA REPOSICIÓN COMO MEDIO DE REPARACIÓN, EN
CASOS DE DESPIDO ARBITRARIO.AÑO 2015”.**

TESIS PRESENTADA POR:

APARCANA VALDIVIA, KAREN MAYTE.

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA-PERU

2016

DEDICATORIA:

A la mujer que sin traerme al mundo ; adoro , extraño mucho , ya que gracias a su amor y dedicación hizo posible que yo siempre luchara por mis sueños , a la mejor madre del mundo y a mi única hermana que admiro , ya que es mi camino a seguir ; el ejemplo de esfuerzo y coraje, a ellas les dedico cada una de las páginas de mi tesis.

AGRADECIMIENTOS:

Me gustaría agradecerle a ti Dios por bendecirme y porque hiciste realidad este sueño anhelado. Mediante estas líneas expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han colaborado en la realización del trabajo.

Agradecer a mis maestros que en este andar por la vida universitaria, influyeron con sus lecciones y experiencias en formarme como una persona de bien y preparada para los retos que pone la vida, también dar las gracias al Dr. Pablo Quirós Cubillas, por la rectitud en su profesión, por hacer que me interese en el derecho laboral, una rama hermosa del derecho; por apoyarme con información para mi estudio, por sus consejos, su enseñanza y gran admiración que siento hacia su inteligencia.

Agradezco Abigail Aparcana Valdivia, por explicarme cosas que eran nuevas para mí y no comprendía para arreglar la forma (márgenes y numeración) de mi tesis, por mostrarme modelos, por su paciencia y amistad incondicional.

Son muchas las personas , tanto familiares como amigos , que han formado parte de mi vida profesional a las que me encantaría agradecerles su amistad, consejos , ayuda , ánimo y compañía en los momentos más difíciles de mi vida.

Para ellos: Muchas gracias, que Dios los bendiga.

RECONOCIMIENTO

A la Universidad Alas Peruanas, por brindarme la oportunidad de desarrollar capacidades, competencias y optar el Título Profesional de Abogado.

INDICE

	Páginas
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Reconocimiento	v
Índice	vi
Resumen	ix
Abstract	x
Introducción	11
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1 Descripción de la Realidad Problemática.....	12
1.2 Delimitación de la investigación.....	14
1.2.1. Delimitación espacial.....	14
1.2.2. Delimitación social.....	14
1.2.3. Delimitación temporal.....	14
1.2.4. Delimitación conceptual.....	14
1.3 Problema de investigación.....	14
1.3.1. Problema General.....	14
1.3.2. Problema Secundario.....	14
1.4 Objetivos de la investigación.....	15
1.4.1 Objetivo General.....	15
1.4.2 Objetivos Específicos	15
1.5. Hipótesis y Variables de la Investigación.....	15
1.5.1. Hipótesis General.....	15
1.5.2. Hipótesis Secundario.....	15
1.5.3. Variables (Definición conceptual y operacional).....	15
1.5.3.1 Operacionalización de las Variables.....	17

1.6. Metodología de la investigación.....	18
1.6.1. Tipo y Nivel de la Investigación.....	18
a) Tipo de investigación.....	18
b) Nivel de investigación.....	18
1.6.2. Método y Diseño de la Investigación.....	18
a) Método de la investigación.....	18
b) Diseño de la investigación.....	19
1.6.3. Población y muestra de la investigación.....	19
a) Población.....	19
b) Muestra.....	19
1.6.4. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos.....	20
a) Técnicas.....	20
b) Instrumentos.....	20
1.6.5. Justificación, importancia y limitaciones de la investigación.....	20
a) Justificación.....	20
b) Importancia.....	20
c) Limitaciones	20
 CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	
2.1 Antecedentes de la Investigación.....	22
2.2 Bases Teóricas	30
2.3. Definición de Términos Básicos.....	83

CAPITULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1. Análisis de Tablas y Gráficos.....	86
3.2. Conclusiones.....	109
3.3. Recomendaciones.....	110
3.4. Fuentes de información.....	111

ANEXOS

Anexo: 1 Matriz de consistencia.....	116
Anexo: 2 Encuesta-cuestionario.....	117

RESUMEN

El presente documento abordo el tema de investigación, La Reposición como medio de reparación, en casos de Despido Arbitrario. Año 2015. Problema que surge hasta hoy en día en nuestra sociedad. Esto ha permitido plantear la siguiente pregunta ¿En qué medida la reposición como medio de reparación, atenta contra el derecho del trabajador Despedido Arbitrariamente? Año 2015. A su vez el objetivo trazado fue Identificar si la Reposición como medio de reparación atenta contra el derecho del trabajador Despedido arbitrariamente. Año 2015. Esta investigación se justifica, que el despido arbitrario es un problema controversial respecto a la “adecuada protección” contra el despido incausado, que otorga la legislación peruana a los trabajadores de la actividad privada, las leyes laborales no son suficientes y eficaces para impedir el despido injustificado. Por esto se presenta como solución al problema, una propuesta de solución, que se le indemnice al trabajador por el daño y perjuicio, la población se beneficia cuando se le reponga e indemnice a los trabajadores despedidos arbitrariamente. Se arriba a decir que los derechos de los trabajadores deben ser observados con más ahínco, establecer cuál es la adecuada protección, para así a elección de éste, pueda optar por una indemnización por despido arbitrario cuando no se quiera persistir con el vínculo laboral, o por la reposición más indemnización por daño y perjuicio.

Palabras claves: Reposición, Reparación, Despido Arbitrario.

ABSTRACT

This document addressed the issue of research, the replacement as a means of reparation, in cases of dismissal Arbitrary. 2015. Issue that comes up today in our society. This has allowed to raise the question what extent the replacement as a means of repair, undermines the right of workers arbitrarily dismissed? 2015. In turn, the goal set was to identify whether the Replenishment as a means to alert the right of redress against arbitrarily dismissed worker. 2015. This investigation is warranted, the arbitrary dismissal is a controversial issue regarding the "adequate protection" against groundless dismissal, awarded by Peruvian law to workers in the private sector, labor laws are not sufficient and effective to prevent dismissal unjustified. Thus it is presented as a solution to the problem, a proposed solution, which will compensate the worker for damages, the population benefits when it is reset and compensate workers arbitrarily dismissed. It is up to say that the rights of workers must be observed harder to establish what is adequate protection, so the choice of this, you can opt for compensation for unfair dismissal when you do not want to persist with the employment relationship, or by replenishing more compensation for damage and injury.

Keywords: Replacement, Repair, Arbitrary dismissal.

INTRODUCCIÓN

La presente tesis fue desarrollada para investigar La Reposición como medio de reparación, en casos de Despido Arbitrario. Año 2015. Es necesario hacer un estudio profundo de cuál es la “Adecuada Protección” que debe recibir un trabajador despedido arbitrariamente, si es suficiente la reposición para reparar el despido arbitrario, reformar el artículo 34 de la LPCL, ya que no es eficaz para impedir los despidos y no brinda la “adecuada protección” que establece la constitución vigente, queriendo lograrse que ante un despido el empleado sea reincorporado a su centro de trabajo, pero a la vez que reciba una indemnización por los daños sufridos. Debido a que no es suficiente, que ante tal magnitud de daño, los trabajadores, solo sean indemnizados por despido arbitrario o reincorporados, teniendo acceso a sólo estas dos opciones para la reparación del daño y de acudir a su sola elección a la vía ordinaria laboral, como a su vez a la vía del proceso de amparo, por el cual resolverá ordenando la reparación o restitución, nuestros magistrados, así mismo nuestro tribunal constitucional. Se formuló como objetivo general, Identificar si la reposición como medio de reparación atenta contra el derecho del trabajador despedido arbitrariamente. Año 2015. Se estructuró el presente documento en tres capítulos, que a continuación señalo; en el Primer Capítulo trato sobre, el planteamiento del problema, en el que se Describe la Realidad Problemática, se delimitó la investigación, se Formuló el Problema, se planteó los objetivos de la investigación que son los generales y específicos, por último se abordó la Justificación, Importancia y limitación de la Investigación. En el segundo Capítulo para adentrarnos en el tema se presenta los antecedentes de la investigación, Las bases teóricas y una definición de términos básicos. En el Tercer Capítulo se presentó el análisis de tablas, gráficas, y la interpretación de resultados, arribando a las conclusiones.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

Se realizó un Análisis comparado en América Latina, respecto a cómo se presenta el despido arbitrario y la regulación que se le da específicamente en los países de Venezuela y Paraguay. Es conceptualizado el despido en término general en Venezuela, como la manifestación de voluntad del patrono de poner fin a la relación de trabajo que lo vincula a uno o más trabajadores. El despido será: Injustificado, cuando se realiza sin que el trabajador haya incurrido en causa que lo justifique. Cuando la relación de trabajo por tiempo indeterminado finalice por despido injustificado o basado en motivos económicos o tecnológicos, el trabajador tendrá derecho a un preaviso. En caso de omitirse el preaviso, el lapso correspondiente se computará en la antigüedad del trabajador para todos los efectos legales. En los contratos de trabajo para una obra determinada o por tiempo determinado, cuando el patrono despida injustificadamente al trabajador o el trabajador se retire justificadamente antes de la conclusión de la obra o del vencimiento del término, el patrono deberá pagarle al trabajador, además de la indemnización prevista en el Artículo 108 de Ley Orgánica del Trabajo (LOT) de 1990 en su versión modificada al 19.06.97 (Gaceta oficial - texto íntegro Natlex), una indemnización de daños y perjuicios cuyo monto será igual al importe de los salarios que devengaría

hasta la conclusión de la obra o el vencimiento del término. El código del trabajo de Paraguay , no define el despido pero si habla del despido sin justa causa dispuesto por el empleador, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a 15 salarios diarios por cada año de servicio o fracción de seis meses, se calculará tomando como base el promedio de los salarios devengados por el trabajador, durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato o fracción de tiempo menor, si no se hubiese ajustado dicho término.

A nivel Perú, el Despido Arbitrario, es un despido ilícito, la Constitución Política ,le otorga facultad al legislador para que sea este quien brinde una adecuada protección contra el despido arbitrario, el máximo órgano interprete; nuestro Tribunal Constitucional, tiene competencia para proteger la vulneración de derechos constitucionales amenazados, siempre y cuando no existan otras vías igualmente satisfactorias para la protección de dichos Derechos, los empleadores están prohibido de expulsar a sus trabajadores sin razón alguna o por razones incoherentes, sin poder especificar la causa o el motivo del despido o de no poderse demostrar está en juicio, ya que de no hacerlo incurrirían en un despido injustificado, contrario a Ley y sancionado por Ley y por otro lado, los trabajadores en ejercicio del principio de tutela jurisdiccional efectiva tendrán como servicio al estado para hacer valer sus derechos de indemnización o reposición a elección exclusiva y excluyente de ellos mismos , por un despido arbitrario. Artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Segundo Párrafo de la LPCL.- (...)“Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al Pago de la indemnización establecida en el Artículo 38º, **como única Reparación por el daño sufrido.** (...)”.Ello quiere decir que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, permite despedir a un empleado sin existencia de causa justa , ya que este articulo 34 segundo párrafo del Decreto Supremo N° 003-97-TR, no prohíbe el despido arbitrario , no cumple la función preventiva que establece el tribunal constitucional , sino una función reparadora ante el despido arbitrario, El máximo intérprete de la constitución, en el caso específico de Eusebio Llanos Huasco, supone que el legislador va impedir ,va

evitar los despidos arbitrarios , por medio de la Ley ; que contempla las causas de un despido justo, ya que al producirse un despido justo , tipificado en la legislación laboral, en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, el empleador solo podrá despedir al trabajador por las causa relacionadas a la capacidad del trabajador o conducta. Pese a existir este marco legal, nada impide que sigan existiendo despidos incausados, arbitrarios; ¿existe realmente una Ley que prevenga el despido arbitrario?, ya que hasta hoy en día siguen existiendo despidos arbitrarios. Dicho en otras palabras los que sustentan que en el Perú el despido arbitrario es permitido se basan en la fundamentación de que la Constitución Política del País de 1993, no ha consagrado la estabilidad laboral absoluta; y como segundo fundamento porque la LPCL así lo permite.

1.2 Delimitación de la investigación

1.2.1 Delimitación Espacial

Esta investigación considera a profesionales del Derecho, especialistas en Materia Laboral del estudio jurídico **Quirós Abogados**.

1.2.2 Delimitación Social

El grupo social objeto de estudio son los Profesionales del Derecho especialistas en materia Laboral y también los afectados.

1.2.3 Delimitación Temporal

La investigación se realizó en el Año 2015.

1.2.4 Delimitación Conceptual

Esta investigación abarca dos conceptos fundamentales como la reposición y el despido arbitrario.

1.3 Problema de la investigación

1.3.1 Problema principal

¿En qué medida la reposición como medio de reparación, atenta contra el derecho del trabajador despedido arbitrariamente? Año 2015.

1.3.2 Problemas secundarios

¿Es suficiente la vía ordinaria laboral para reparar el despido arbitrario Año 2015.

¿Es suficiente la vía proceso de amparo para reparar el despido arbitrario. Año 2015.

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo General

Identificar si la reposición como medio de reparación atenta contra el derecho del trabajador despedido arbitrariamente. Año 2015.

1.4.2. Objetivos específicos

Analizar si la vía ordinaria laboral es suficiente para reparar el despido arbitrario. Año 2015.

Analizar si la vía proceso de amparo es suficiente para reparar el despido arbitrario. Año 2015.

1.5 Hipótesis y Variables de la Investigación

1.5.1. Hipótesis General

La reposición como medio de reparación atenta significativamente contra el derecho del trabajador despedido arbitrariamente. Año 2015.

1.5.2. Hipótesis Secundario

La vía ordinaria laboral será suficiente para reparar el despido arbitrario. Año 2015.

La vía proceso de amparo será suficiente para reparar el despido arbitrario 2015.

1.5.3. Variables (Definición conceptual y operacional)

- Variables X: Reposición

Sostiene Pla (1980, p.119) que “la medida más enérgica y eficaz es la readmisión del trabajador. Constituye-continua-la forma natural

de dejar sin efecto un despido, que por considerarlo ilícito se le quiere quitar sus efectos. Si el despido intento terminar el contrato de trabajo y se le quiere quitar eficacia a este despido, lo mejor es volver a considerar que el contrato de trabajo continua como si ese despido no se hubiera producido (...).”

Apunta De La Cueva (1978, p.219) “Entendemos por reinstalación la restauración del trabajador en los derechos que le corresponden en la empresa, derivados de la relación jurídica creada por la prestación de su trabajo”.

Afirma Russomano (1981, p.69) “(...) La reinstalación es el corolario final, relevante y lógico de la estabilidad definida como derecho de permanencia en la empresa”.

El concepto de readmisión es, como lo expresa Pla (1978, p.173), “La forma natural”, para dejar sin efecto el despido cuya ilicitud ha sido sancionada por la autoridad judicial. Abundando en argumentos agrega: “Ferro ha puesto lucidamente de manifiesto cuales son los efectos de la sentencia que dispone el reintegro. Ella deja sin efecto la cesantía. Al borrar los efectos de la cesantía queda nulo el despido y la relación contractual laborativa continúa produciendo sus efectos normales. El pronunciamiento no crea un derecho nuevo, se limita a anular el acto que dispuso la cesantía, retrotrayendo el estado de las cosas a la situación en que se hallaba con anterioridad a la fecha en que la medida se adoptó”

- Variable Y: Despido Arbitrario

Señala la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 34, “(...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido(...)”.

Debe entender como despido arbitrario, para Valderrama (2014), “cuando el empleador no tiene causa justa para despedir a su trabajador, por ejemplo, cuando porque la causa alegada en la carta de despido no se ha probado en juicio; si este punto es probado en el proceso, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización siempre que haya superado el periodo de prueba. El computo de esta indemnización dependerá del carácter temporal o permanente del vínculo laboral”.

Para Haro (2010, p.241), el despido arbitrario es: “Aquel que lo realiza el empleador sin que este por medio una causa justa. Ante su ocurrencia el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización por despido arbitrario que consiste en el pago de una remuneración y media por cada año de servicio prestado con un tope de doce remuneraciones. Este derecho les corresponde a los trabajadores que haya superado el periodo de prueba, y es complementario a la compensación por tiempo de servicio. Este derecho ha sido consagrado en la constitución del año 1993, en sustitución al derecho de estabilidad laboral establecida en la constitución de 1979, ya derogada”.

1.5.3.1 Operacionalización de las Variables

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
X= REPOSICIÓN	X.1= VIA ORDINARIA LABORAL	X.1.1= PROCESO ORDINARIO, PRETENSION PRINCIPAL; REPOSICION; SUBORDINADA; INDEMNIZACION POR DAÑO Y PERJUICIO. X.1.2=PROCESO ABREVIADO; REPOSICION, PRETENSION PRINCIPAL ÚNICA.
	X.2=VIA PROCESO DE AMPARO	X.2.1= RESIDUAL X.2.2= VIOLACIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y= DESPIDO ARBITRARIO	Y.1= DESPIDO INCAUSADO	Y.1.1= DESPIDO VERBAL O ESCRITO.
		Y.1.2=SIN EXPRESARLE CAUSA ALGUNA DERIVADA DE LA CONDUCTA O LABOR QUE LA JUSTIFIQUE.
	Y.2= DESPIDO AD NUTUM	Y.2.1= DESPIDO LIBRE
		Y.2.2= DESPIDO LEGAL

1.6 Metodología de la investigación

1.6.1. Tipo y Nivel de la Investigación

a) Tipo de investigación

El estudio se definió como una investigación sustantiva, de acuerdo a Sánchez y Reyes (2006, p. 222), nos indica que: “Está orientada, a describir, explicar, predecir o retrodecir la realidad, con lo cual se va en búsqueda de principios y leyes generales que permita organizar una teoría científica”. En ese sentido la investigación sustantiva al perseguir la verdad nos encamina hacia una investigación básica o pura.

b) Nivel de la investigación

Fue la investigación descriptiva correlacional, Miden y evalúan con precisión el grado de relación que existe entre dos conceptos o variables en un grupo de sujetos durante la investigación.

Según Vásquez, (2008.p.10). “Estos estudios describen la frecuencia y las características más importantes de un problema. Para hacer estudios descriptivos hay que tener en cuenta dos elementos fundamentales: El tamaño de muestra y el instrumento de recolección de datos”

De La Brouyere, (2008.p.16). “Los estudios correlacionales pretenden medir el grado de relación y la manera cómo interactúan dos o más variables entre sí. Estas relaciones se establecen dentro de un mismo contexto, y a partir de los mismos sujetos en la mayoría de los casos”.

1.6.2. Método y Diseño de la Investigación

a) Método de la investigación

El método que se empleó en nuestro estudio es hipotético deductivo y un enfoque cuantitativo, nos dice Bernal (2006, p.56) que: “El método consiste en un procedimiento que parte de unas

aseveraciones en calidad de hipótesis y busca refutar o falsear tales hipótesis, deduciendo de ellas conclusiones que deben confrontarse con los hechos”.

El enfoque cuantitativo, según Hernández, Fernández, Baptista (2006, p. 5), consiste: “En utilizar la recolección y el análisis de datos para contestar preguntas de investigación y probar hipótesis establecidas previamente”.

b) Diseño de la investigación

Fue no experimental de corte transversal y correlacional, Hernández, Fernández y Baptista (2006, p. 149) sostiene, es no experimental, porque: “la investigación que se realiza sin manipular deliberadamente variables”. Es decir, se trata de un estudio donde hacemos variar en forma intencional las variables independientes, para ver sus efectos sobre otras variables.

Asimismo, Hernández, Fernández y Baptista (2006, p. 151) indica que es transversal ya que su propósito es “describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado”.

Hernández, Fernández y Baptista (2006, p. 151) nos dice que se trata de un estudio de tipo correlacional en vista que: “tiene como propósito medir el grado de relación que existe entre dos o más conceptos o variables”.

1.6.3. Población y muestra de la investigación

a) población

Los sujetos de la investigación fueron Los profesionales del derecho, especialistas en Materia Laboral, que laboran en el distrito de Jesús María, en los diferentes Estudios Jurídicos.

b) muestra

Ocho Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015.

1.6.4. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos

a) Técnicas

Para el estudio la técnica que se utilizó fue la encuesta, esta técnica según Méndez (2008, p. 252) dice: “La encuesta permite el conocimiento de las motivaciones, las actitudes y las opiniones de los individuos en relación con su objetivo de investigación”.

b) Instrumentos

Se utilizó el cuestionario, Tamayo y Tamayo (2004, p. 185), nos dice que: “El cuestionario es de gran utilidad en la investigación científica, ya que constituye una forma concreta de la técnica de observación”.

1.6.5. Justificación, importancia y limitaciones de la investigación

Teniendo en cuenta que hasta la actualidad sigue siendo un problema el despido arbitrario de trabajadores sujetos al régimen de la actividad laboral privada, pese a existir legislación en materia laboral que regule la extinción unilateralmente del contrato de trabajo, no se otorga adecuada protección contra el despido arbitrario. Las leyes laborales no son suficientes y eficaces para impedir el despido injustificado, las leyes cumplen una función “reparadora”, más no “preventiva”.

Por esta razón, se presenta como solución al problema una propuesta de Ley, que se le indemnice al trabajador por el daño y perjuicio sufrido, por la conducta dolosa de su empleador, así mismo la población que estuvo compuesta por los trabajadores despedidos arbitrariamente se beneficia, cuando se les repongan e indemnicen.

Este trabajo busca brindarle una “adecuada protección” a la parte menos fuerte que son los trabajadores de la actividad privada, al lograrse que se reforme el artículo 34 LPCL, por lo que resulta la imperiosa necesidad de visualizar el problema, sensibilizar y crear conciencia en el legislador, de cuál es esa adecuada protección y que tal acto doloso, lesivo del empleador por el atropello al trabajador no puede resolverse con una indemnización por despido o la sola reposición, sino más bien cuando a elección del trabajador se opte por la reposición, ésta se dé más una indemnización por daño y perjuicio.

Por otra parte, este trabajo podrá servir como marco de referencia documental para futuras investigaciones relacionadas con el despido arbitrario, esto es un punto de partida esencial para el planteamiento y desarrollo de próximos estudios.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Para este trabajo de investigación sobre la adecuada protección ante el despido arbitrario, en casos de reposición, encontramos algunas tesis, sentencias y libros científicos muy interesantes relacionados a dicho tema:

2.1.1. Tesis Nacionales:

Choque Ramírez, Luis Nilthon, “Determinación del dolo o fraude en los procesos de amparo seguidos en el tribunal constitucional y la nulidad del cese laboral arbitrario”. Tesis para optar el título de abogado. En la Universidad Alas Peruanas Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima, Perú, 2008.

Esta investigación tuvo como problema averiguar, ¿Cuáles son los criterios que utiliza el tribunal constitucional, para determinar el dolo o fraude en el cese laboral arbitrario?, a su vez se planteó como objetivo identificar los criterios que utiliza el tribunal constitucional, para determinar el dolo o fraude en el cese laboral arbitrario. Se empleó el método exegético, análisis, comparativo, y la síntesis. El diseño fue específico, ya que se revisaron estadísticamente el total de sentencias laborales en el TC de los últimos cinco años, se identificó el

número de sentencias que se había aplicado la reposición del empleo. La población, viene a ser el total de sentencias del TC en materia laboral de los años 2001, 2002, 2003, 2004,2005, un total de 866 sentencias, donde se verifica cuantas sentencias se han aplicado reposición en el empleo. La muestra estaba conformada por cuadros y dividiendo por meses y años el total de sentencias en donde se aplicó reposición del empleo y las declaradas improcedentes, la técnica e instrumento fue la observación, estadística descriptiva, y la técnica de modelaje. La Técnica de recolección de datos fue el acopio documental y el fichaje. En conclusión las empresas realizan actos fraudulentos y dolos al trabajador sin causa alguna de falta grave a las actividades laborales, materiales y utilidades de la empresa. Llegando a realizar ceses laboral arbitrariamente al trabajador incumpliendo la legislación laboral vigente. Los pronunciamientos del tribunal constitucional, la cantidad de sentencias donde prácticamente al 100% se repone al trabajador del dolo y fraude cometido por las empresas sin reparar el daño.

EXP.Nº.976-2001-AA/TC Eusebio LLanos Huasco (Huánuco), Sentencia del Tribunal Constitucional.

Petitorio que se deje sin efecto legal la Carta Notarial de fecha 16-02-2001, por considerar que vulnera su derecho constitucional al trabajo, por la que solicita su inmediata reposición en el puesto que venía desempeñando hasta antes del 21-02-2001.El recurrente ha sostenido que su despido se originó a raíz de la comunicación dirigida por el propietario del Hostal “Latino” a la demandada, mediante la cual le informó que la sobrevaloración del monto de la Factura N.º 009641, por concepto de alojamiento del recurrente, se debió a su propia solicitud y exigencia. La demandante alega que esta falta grave constituye un motivo para terminar la relación de trabajo con el recurrente. Por su parte, éste sostiene que es falso que se haya alterado el importe real de la factura a la que antes se ha hecho referencia, y que afirmándose tal hecho se ha violado su derecho al honor y a la buena reputación. Con el objeto de acreditar esta última situación, el actor ha adjuntado copia simple de un acta de comparendo seguido con el propietario del Hostal Latino, donde se aprobó la conciliación entre ambas partes, y en donde además consta la afirmación de

don Nolberto Gutiérrez Vargas en el sentido de que el monto pagado por el recurrente, por concepto de alojamiento y otros servicios, es el que está consignado en la factura N°. 009641. Con el objeto de justificar el despido efectuado, en fecha posterior a la vista de la causa –realizada el 21 de agosto de 2001- y después de que se expidiera la sentencia recaída en el Exp. N.º 1001-2002-A/TC, la demandada, con fecha 25 de noviembre de 2002, ha presentado ante este Tribunal copia simple de la comunicación enviada por el gerente del Hostal Latino, de fecha 16 de enero de 2001, donde se informa la razón de la sobrevaloración de la factura N.º 009641, en la que se afirma, literalmente, que “la explicación a la diferencia real o sobrevaloración de los gastos se debe a la solicitud y exigencia de dichos señores, quienes indicaron la cantidad que debía ponerse de lo contrario se hospedarían en otro hotel”. Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones conferidas por la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica, falla **REVOCANDO** la recurrida que, confirmando la apelada, declaró infundada la demanda. REFORMÁNDOLA declara IMPROCEDENTE la Acción de Amparo interpuesta.

EXP. N.º 1124-2001-AA/TC (Lima) Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú s.a. y FETRATEL.

Petitorio el objeto de la demanda es que las demandadas "se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores afiliados a [sus] sindicatos, en virtud de la aplicación de un ilegal Plan de Despido masivo, contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos (...), cuya inminente ejecución afecta [sus] derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, a trabajar libremente, a la legítima defensa, al trabajo, a que ninguna relación pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, a la adecuada protección contra el despido arbitrario, a la libertad sindical, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva". La Determinación del problema planteado en la controversia reside en determinar si el acto de despido cuestionado resulta lesivo o no de los derechos

fundamentales alegados por los demandantes. Implica, fundamentalmente, determinar si se ha afectado: a) la libertad de sindicación y, b) el derecho al trabajo. Telefónica del Perú S.A.A. ha procedido al despido sobre la base de lo establecido en el artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, LPCL, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, tal como se constata en las respectivas cartas de despido. Por esta razón, este extremo de la controversia conduce a determinar si dicho dispositivo es o no compatible con la Constitución, para según ello establecer la validez o no del acto cuestionado. Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica, falla confirmando en parte la recurrida en el extremo que declaró FUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar propuesta; y, la REVOCA en el extremo que declaró improcedente la demanda, reformándola declara FUNDADA la acción de amparo e inaplicable el artículo 34º, segundo párrafo, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, LPCL, D. S.N.º 003-97-TR; ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A. y dispone que dicha empresa se abstenga de continuar con el ejercicio de lo establecido por el citado artículo 34º por su incompatibilidad con la Constitución, respecto de los afiliados que continúan trabajando.

Víctor Ferro en la, Revista de la Facultad de Derecho N° 68, 2012 pp. 471-494. “La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Derecho UPCP

El presente trabajo parte por analizar los esquemas de estabilidad laboral recogidos en las Constituciones de 1979 y 1993, con el objetivo de advertir la evolución de la protección otorgada por el ordenamiento constitucional frente al despido ilícito y su plasmación legal en modelos de tutela restitutoria (reposición) o resarcitoria (indemnización). Seguidamente, se evalúan las opciones que sobre esta materia recogen los tratados internacionales suscritos por el Perú para luego tratar la evolución de la jurisprudencia constitucional. Así, se examinan pronunciamientos en que la tutela restitutoria estuvo inicialmente orientada a proscribir el despido que

agravie derechos fundamentales, para luego analizar fallos recientes en los que se concede dicha tutela frente al despido injustificado, configurándose, por esta vía, un modelo de estabilidad laboral distinto al establecido por la Constitución de 1993. Se llega a la conclusión de que El derecho a la estabilidad laboral como mecanismo de protección frente a la voluntad extintiva de la relación laboral por parte del empleador ha sido recogido en diversos instrumentos internacionales. El artículo 10 del Convenio OIT 158 expresamente señaló: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Farfán Cusihuamán, Ana Andrea, “La violación de los derechos laborales de las empleadas “trabajadoras del hogar “en la ciudad de Cuzco”. Tesis para optar el título de abogado .En la Universidad Alas Peruanas Facultad de Derecho y Ciencia Política; Perú, Cusco, 2006.

Esta investigación tuvo como problema averiguar, ¿Cuáles son los derechos laborales de las trabajadoras del hogar, violentados por sus empleadores en la ciudad del cuzco?, a su vez se planteó como objetivo establecer los derechos laborales violentados de las trabajadoras del hogar por sus empleadores en la ciudad del cuzco. El tipo de investigación fue descriptivo-documental, el diseño de investigación fue descriptivo simple y documental. La población, la conforman las empleadas del hogar que trabajan en el centro de la ciudad del cuzco, en los diferentes hogares. Número de sujetos de investigación 132 trabajadoras del hogar. La muestra está compuesta por 20 trabajadoras del hogar. La técnica empleada fue la de observación indirecta y la de observación documental. El instrumento de evaluación fue la encuesta. Las conclusiones a la cual se arribó fue, el estudio permite constatar la total ausencia de derechos laborales de la población infantil y adolescente dedicada al trabajo al servicio de hogar que realizan los trabajadores al servicio del hogar es sinónimo de

explotación. Elevados porcentajes, no reciben una retribución económica por su trabajo. Se comprueba también que niños, niñas y adolescentes trabajan jornadas extenuantes, que superan las 13 horas. Muchos de ellos no gozan de descanso semanal ni de vacaciones.

2.1.2. Tesis Internacionales

Magaly Alexandra Barragan Colina, “El despido intempestivo previsto en el código del trabajo, su consecuencia jurídica y reintegro laboral, en las instituciones públicas del cantón Guaranda durante el año 2010”. Tesis para optar el título de abogado. En la Universidad Estatal de Bolívar Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Escuela de Derecho; Guaranda – Ecuador ,2011.

Este estudio tuvo como problema arribar a la siguiente pregunta, ¿Es necesario incorporar como norma jurídica en el Código del Trabajo el derecho al reintegro laboral en los casos de despido intempestivo, para garantizar el derecho a la estabilidad laboral? , Tuvo como objetivo general, Realizar un estudio doctrinario, jurídico, y crítico sobre el Despido Intempestivo previsto en el Código del Trabajo, su consecuencia jurídica y reintegro laboral en las instituciones públicas del cantón Guaranda, durante el año 2010. Se utilizó el Método científico hipotético-deductivo y Exegético-Analítico. La investigación realizada es documental, bibliográfica y de campo, por lo que, realizó un diseño bibliográfico (temática) y de campo (empírica). El instrumento técnico que se empleó fue la encuesta. La entrevista: Utilizó una guía de preguntas aplicada mediante un instrumento técnico magnetofónico (grabadora). La población correspondió: A un juez especializado en materia laboral, un Inspector del Trabajo, y a treinta abogados en libre ejercicio con experiencia en el área de estudio, acantonados en esta ciudad de Guaranda. La muestra 30 Abogados en libre ejercicio profesional acantonados en la ciudad de Guaranda. Se concluye Que, el Código de Trabajo, en su Capítulo X, trata del Desahucio y del Despido intempestivo; define lo que es el desahucio, pero no define lo que es el Despido intempestivo, existiendo un vacío legal, que debe ser corregido a través de una reforma legal. Que, algunos profesionales del derecho, consideran que el despido intempestivo es una forma de dar por terminado el

contrato de trabajo; y, otros señalan que es una forma de daño o represalia que se le ocasiona al trabajador.

Jorge Washington Enríquez Ruiz, “El despido intempestivo y su influencia en el derecho laboral ecuatoriano. Propuesta: diseño de una guía jurídica de estabilidad de los trabajadores en el área laboral ecuatoriano”. Tesis para optar el grado de Magister. En la Universidad de Guayaquil Unidad de Postgrado Investigación y Desarrollo Maestría en Docencia Universitaria e Investigación Educativa. Guayaquil – Ecuador.2011-2012.

Esta investigación tuvo como problema plantearse la siguiente pregunta, ¿Cómo incide el Despido Intempestivo en el Derecho Laboral Ecuatoriano y en la Formación Profesional de los Estudiantes de los Cursos Superiores de la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil durante el Período Lectivo 2011 - 2012?, el objetivo general fue Establecer una reforma al Código del Trabajo sobre el Despido Intempestivo en las relaciones laborales en el Ecuador, mediante la aplicación de disposiciones, convenios y acuerdos para lograr la estabilidad del trabajador ecuatoriano. El Método que se empleó fue el Método Análisis – Síntesis, el Método Jurídico Positivo. Las Técnicas principales en esta investigación son, La observación directa e indirecta que evalúa y registran comportamiento. El tipo de investigación que se realizó fue una Investigación Bibliográfica, Investigación Descriptiva. Los instrumentos de investigación que se utilizó fueron; La Observación, La Encuesta, La Entrevista, las Fichas Bibliográficas y las Fichas Nemotécnicas. La población y muestra, La población está constituida por el conjunto de personas que compone la comunidad educativa de la Facultad de Jurisprudencia. El universo total por ser inferior a 100 no necesita del muestreo respectivo. Se arribó a la siguiente conclusión, en el despido los empleadores toman sus decisiones arbitrariamente sin basarse en las disposiciones legales. Las leyes y reglamentaciones de trabajo en caso de dudas sobre el alcance de disposiciones legales casi nunca son favorables al trabajador Ecuatoriano.

Godio, María Dolores “Análisis de la evolución de las normas argentinas sobre la protección de los trabajadores contra el despido arbitrario”. En La Universidad Fasta Seminario de Graduación, Facultad: Ciencias Económicas, Argentina, 2013.

En la presente investigación se planteó el siguiente problema, la Evolución proteccionista de los derechos del trabajador contra el despido; consecuencias para el empleador y el empleado. Estudio de casos jurisprudenciales, particularmente los fallos “Vizzoti”, “Álvarez” y su doctrina. Cuyo objetivo general fue Analizar la evolución de la indemnización por despido arbitrario desde la promulgación de la Ley 11.729 hasta la actualidad teniendo en cuenta la influencia de las políticas económicas con respecto a las relaciones laborales en la Argentina y su incidencia económica. El Tipo de investigación, será por La profundidad Descriptivo. La investigación fue descriptiva y Explicativa. Según su modalidad, Investigación cualitativa, según el tiempo, Diacrónico, según la fuente, Secundario. El Diseño empleado el Universo, Legislación Laboral Argentina a partir del año 1934 hasta la actualidad y los fallos que configuran el estudio de casos planteado. Los Instrumento utilizados fueron Cuando la normativa legal se preste a más de una interpretación se explicarán las diversas posturas que tomó la justicia en la aplicación de casos concretos. Se concluyó que en virtud de lo expuesto, no caben dudas acerca de que el sistema de protección contra el despido vigente en Ecuador acusa en la actualidad una fuerte debilidad que compromete la eficacia de todo el ordenamiento protectorio laboral. En ese contexto se han planteado alternativas de cambio como eliminar el régimen de extinción del contrato con despido “ad nutum”, y la ratificación por nuestro país del Convenio 158 de la OIT, o la implementación de un régimen de estabilidad propia para determinadas actividades, ampliándose de esa manera las dos estabilidades propias del art. 14 bis de la Constitución Nacional.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Reposición

2.2.1.1. Concepto

Apunta De La Cueva (1978, p.219) “Entendemos por reinstalación la restauración del trabajador en los derechos que le corresponden en la empresa, derivados de la relación jurídica creada por la prestación de su trabajo”.

Señala Blancas (2013, p.415) “La figura recibe distintas denominaciones en las legislaciones nacionales, pero el concepto básico no varía: Suele utilizarse diversas palabras que tienen equivalente: readmisión, reintegro, reposición, reinstalación. Todas ellas traducen la misma idea: el despido carece de todo efecto por lo que el contrato de trabajo continua su curso. En consecuencia, el trabajador vuelve a su trabajo desempeñando la misma tarea, conservando el mismo puesto, la misma antigüedad, las mismas condiciones de labor y la misma remuneración”.

2.2.1.2. Sistemas de reposición

A quien corresponda decidir acerca de la aplicación de la reposición como medida reparadora del despido, tal atribución correspondería al empleador, al juzgador o al trabajador.

A. La opción del empleador

Sistema adoptado por varias legislaciones, la readmisión existe como una posible medida reparadora, pero solo puede efectivizarse si la acepta el empleador, ya sea porque se permite a este elegir la medida de reparación, o porque se le

reconoce el derecho de oponerse o no ejecutar la orden de reponer al empleado.

Bustamante manifiesta que “El ET de España establece expresamente el derecho del empleador para optar entre la readmisión del trabajador o el pago de una indemnización en el caso que se declare improcedente el despido, calificación que se otorga cuando el empleador no acredita el incumplimiento atribuido al trabajador o efectuó el despido sin observar los requisitos de forma, previstos por la Ley ET, art.55.4).El artículo 56.1 ET, concede cinco días de plazo al empleador , desde la notificación de la sentencia , para que manifieste su opción. El Numeral 3 del mismo artículo prescribe que “en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera””.

Montoya (1987, P.418) sostiene Que se deduce de esta construcción?, pregunta el autor y responde: “ Se deduce claramente que no es consecuencia necesaria del despido improcedente su anulación y la correlativa reintegración del trabajador injustamente despedido(esta sería, desde el punto de vista de los trabajadores- y también desde el de la técnica jurídica- la solución más aceptable); por el contrario, el despido improcedente da lugar a la reincorporación del trabajador despedido solo si el empresario lo desea así; si prefiere prescindir definitivamente del trabajador, es libre de hacerlo abonándole una indemnización sustitutiva ”.

B. La opción del juzgador

Es la decisión del juez en el sentido de que el trabajador sea reincorporado en su trabajo no es susceptible de oposición por parte del empleador ni, por tanto, puede ser sustituida por una indemnización, ello efectivamente, pone en manos del juzgador la elección entre la continuación o la terminación el vínculo laboral.

Señala Blancas (2013, p.420) “semejante sistema rigió, brevemente, en nuestro ordenamiento, al establecer la LFE la facultad del juez, al resolver sobre la acción de reposición, de otorgar la indemnización por despido cuando la reposición “resultare inconveniente dadas las circunstancias””.

Afirma Pla (1980, p.133) que “Otros países lo prevén como una posibilidad judicial. No se le establece preceptivamente sino que su aplicación o no, queda a criterio del juez que resuelve cada caso concreto”

C. La opción del trabajador

Afirma Blancas (2013, p.421) “Este sistema nace con el derecho de estabilidad en el trabajo, pues según lo hemos visto es la propia Constitución de México la que, en buena cuenta, define dicha institución por sus efectos, al señalar que en caso se produzca el despido del trabajador sin causa justificada, el patrono estará obligado, a elección del trabajador a cumplir el contrato o a indemnizarlo (Art.123, A.XXII)”.

El alcance de esta disposición constitucional, lo precisa De la Cueva (1978, p.421): “Si el trabajador

no acepta la existencia de la causa en la que se apoyó el patrono para decidir el despido, puede inconformarse y obtener, a su elección, bien el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la relación de trabajo, la consecuente reinstalación en el trabajo y el pago de los salarios que hubiere dejado de percibir, o el pago de una indemnización de tres meses de salario”.

Para Monereo (1994, p.422) En otros ordenamientos, como el Español, que reconoce al empleador el derecho de opción o, en todo caso, el de oponerse a la reposición ordenada por el juzgador, suele trasladarse, sin embargo, el derecho de ejercitar dicha opción a los dirigentes sindicales, garantizándoles de ese modo un nivel de protección contra el despido mayor al que se otorga a los demás trabajadores. El estatuto de los trabajadores dispone que “Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta sea en favor de la readmisión, esta será obligada” (Art.56.4). Se considera por ello, que en el despido declarado improcedente con readmisión (decidida por el trabajador representante), al igual que el despido nulo, “(...) Se consagra un modelo normativo de estabilidad real, declarando la ineficacia real y efectiva de tales despidos ilegítimos”.

Nuestra Legislación siguió el sistema, desde la dación del Decreto Ley N°18471, el de opción por el

empleado y reposición de este en la empresa, si esa hubiere sido la medida elegida. A través de las diversas Leyes sobre estabilidad laboral se reconoció al trabajador afectado por un despido arbitrario, la facultad de optar entre la continuación del vínculo laboral, y su consiguiente reposición, o el de dar por terminada dicha relación, percibiendo una indemnización por despido. En ningún supuesto, se concedió al empleador la facultad de ser él quien ejercite el derecho de opción o de oponerse, válidamente, al cumplimiento de la orden de reposición.

2.2.1.3. Requisitos de la reposición

a) Reocupación del trabajador , sin afectar su categoría anterior

Señala Blancas (2013, p.797) “conforme al art.34 LPCL y al art.53 del R-TUO-LFE, el trabajador deberá ser reincorporado “ en el empleo, sin afectar su categoría anterior”, esta fórmula difiere de la contenida en el art.13 LET que ordenaba la reposición del trabajador “en el mismo puesto que venía desempeñando al producirse el despido”, y se asemeja a la versión flexibilizadora del reglamento de aquella que consentía la colocación del trabajador en otro puesto similar y de categoría no inferior, siempre que existiera “imposibilidad material” para reponerlo en el mismo puesto.

Esta última fórmula exigía, en todos los casos, la existencia-demostrada- de una causa obstativa para efectuar la reposición del trabajador en su mismo puesto anterior, exigencia que la LPCL, suprime, dejando a discreción del empleador asignar al trabajador el puesto de

trabajo que deberá desempeñar al reanudarse la relación laboral, con la obligación de respetar su categoría anterior. La asignación al trabajador de su puesto o labor se haga “sin afectar su categoría anterior”. De esta suerte, el respeto a la categoría ostentada por el trabajador al ser despedido se convierte en una exigencia esencial de la reposición del trabajador , que se vincula con la idea de que la readmisión supone el derecho a conservar “(...) Las situaciones subjetivas nacidas del contrato, tales como la cualificación, la retribución, la antigüedad y en una palabra, todas las situaciones pasivas y activas, las obligaciones y los derechos subjetivos conexos con el status del trabajador subordinado”.

b) Mantenimiento de su nivel remunerativo

Para Blancas (2013, p.433) “Al reincorporarse a la empresa, el trabajador tiene derecho a mantener el nivel remunerativo que poseía al ser despedido. Dicho nivel solo puede resultar de reconocerse la remuneración que percibía al cese y adicionar a esta los aumentos y beneficios económicos que le hubieran correspondido de haber proseguido el normal desarrollo de la relación de trabajo”.

En ese sentido , De Buen (1981,p.80) considera que “El cumplimiento de la relación laboral como exigencia de los trabajadores despedidos conduce, en principio, a la reinstalación en las mismas condiciones en que se venían prestando los servicios y eventualmente, a que la reinstalación se efectuó en las nuevas condiciones del puesto al momento de ser ejecutado el laudo, si gracias a los aumentos de los salarios mínimos generales o

profesionales o de las revisiones de los contratos colectivos , se le han atribuido condiciones favorables”.

c) Pago de remuneraciones devengadas

La nulidad del despido, la falta de prestación de sus servicios por el trabajador, no libera al empleador de cumplir con su contraprestación, como es regla indiscutible en los contratos de trabajo, toda vez que se considera que el acto extintivo del empleador está viciado de ilegalidad ab origine, por lo que carece de eficacia jurídica para disolver la relación laboral. Por ello, sería incoherente, que la reposición del trabajador no estuviera acompañada del pago de las remuneraciones devengadas durante su ausencia.

El trabajador cuyo despido es declarado nulo, tiene derecho a que se le abone el monto de los salarios que hubiera percibido durante el tiempo que permaneció separado de la empresa, por decisión del empleador. En la sentencia, el juez debe ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido, deduciendo los periodos de inactividad procesal no imputables a las partes (LPCL, Art.40). De esta suerte, el pago de las remuneraciones comprende, sin solución de continuidad, todo el periodo en que el trabajador estuvo, de hecho, marginado de las labores de la empresa.

d) Reconocimiento del tiempo de servicio y depósitos de la compensación por tiempo de servicios

Otro efecto de la sentencia que declara la nulidad del despido , es que el periodo durante el cual el trabajador despedido dejo de prestar servicios es considerado ex lege como trabajo efectivo , “para todos los fines”, incluyendo

los incrementos de remuneraciones que hubieran correspondido al trabajador, otorgados por Ley o Convención Colectiva. Lo dispone así el reglamento (R-TUO-LFE, Art.54) que Fórmula una sola excepción: el record vacacional. En este caso, el trabajador debe optar entre el pago por dozavos del record trunco o su acumulación al que preste con posterioridad a la reposición.

2.2.1.4. Ejecución de la Reposición

- **Plazo**

Señala Blancas (2013,p.437) “ La propia Ley fija el plazo dentro del cual el debe reponerse al trabajador en el empleo, al señalar que el empleador que no cumpla con el mandato de reposición dentro de las 24 horas de notificado será requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa (LPCL, Art.42)”.

- **Diligencia de reposición**

Afirma Blancas (2013, p.438) “Al momento de producirse la reposición efectiva del trabajador, las partes deben suscribir un acta dejando constancia del tal hecho. También, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que la diligencia de reposición se realice con intervención del secretario de la causa (R-TUO-LFE, Art.53)”.

- **Resistencia a la reposición. Coercibilidad del mandato judicial**

Blancas (2013, p.438) sostiene que “Ordenada la reposición del trabajador esta debe cumplirse de forma específica, sin que se reconozca al obligado (el empleador) la facultad de oponerse al mandato judicial o sustituirlo por una indemnización.

No obstante, se ha objetado la coercibilidad del mandato de reposición, desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de la obligación que impone al empleador”.

Sostiene De la Cueva (1978, p.438) “La jurisprudencia mexicana, en el período anterior a la reforma constitucional de 1962 que modificó la fracción XXII del artículo 123, sostuvo “(...) que la reinstalación de un trabajador en su trabajo era una obligación de hacer, pero como no se puede ejercer coacción sobre la personas para que realicen un hacer, la solución única era sustituir la obligación directa con el pago de los daño y perjuicios causados.

Refutó De la Cueva (1978,p.258) esta posición sosteniendo que “(...) el argumento de que la reinstalación es una obligación de hacer, es una tergiversación del fenómeno, pues la reinstalación en el trabajo(...) no es una operación física , un tomar al trabajador en los brazos y colocarlo en su lugar de trabajo, sino un acto jurídico, la restauración del trabajador en sus derechos de los que no pueden ser despojado: el trabajador cumple su obligación al poner su energía de trabajo a disposición del patrono , pero si este no utiliza o impide su prestación no puede alegar estos hechos para dejar de pagar el salario”.

A. Multa

Para Blancas (2013,p.441) “En el primer caso, conforme al art.42 LPCL, el juez impondrá al empleador, que no ejecute el mandato de reposición dentro de las 24 horas de notificado, un multa , cuyo monto se incrementa sucesivamente en treinta por ciento (30%) del monto original de la multa a cada nuevo requerimiento judicial, “hasta la cabal ejecución del mandato”. La LPT (Art.75), al regular la ejecución de las obligaciones de hacer y no hacer, precisa que las multas serán “sucesivas, acumuladas y crecientes hasta que el demandado

cumpla con el mandato judicial”. Señala asimismo, que el monto de las multas será de 1 a 20 URP, Facultad discrecional que, entendemos se refiere al monto inicial de la misma, sin establecer un límite máximo, debiendo, por tanto, posteriormente, de persistir la resistencia del obligado, incrementarse dicho monto en 30% a cada nuevo requerimiento judicial.

Dentro de la lógica de la LPCL, consideramos que el pago de la multa no es el único perjuicio económico que su renuencia al mandato judicial acarrea al empleador. En efecto, siguiendo el criterio contenido en el art.40 LPCL, el empleador deberá abonar al trabajador las remuneraciones que continúen devengándose hasta su reposición efectiva. De la misma manera, deberá efectuar los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicio y, en general, cumplir otras obligaciones, como el pago de las aportaciones al seguro social de salud, conforme a la regla según la cual el periodo no laborado a causa de despido nulo debe considerarse como de “trabajo efectivo para todos los fines”(R-TUO-LFE, Art.54”).

B. Acción Penal

La posibilidad de aplicar esta medida coercitiva encuentra su fundamento en el art.75 inc.2) Ley Procesal del Trabajo N° 26636, según el cual, de persistir el incumplimiento del demandado de las obligaciones de hacer o de no hacer, el juez puede optar por denunciarlo penalmente por el delito contra la libertad de trabajo o resistencia a la autoridad.

El delito de resistencia o desobediencia a la autoridad está tipificado en el artículo 368 del Código Penal en los términos siguientes: “el que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años”.

2.2.1.5. Imposibilidad Material de la reposición

Alega Blancas (2013, p.445) “Establecido que no puede alegarse imposibilidad jurídica para cumplir el mandato de reposición, pues nuestro ordenamiento contempla la ejecución forzada de este (Supra 2, B.c.) Cabe, sin embargo que pueda invocarse la imposibilidad material de ejecutarlo.

Consideramos que esta hipótesis debe apreciarse con criterio restringido a fin de evitar que puedan encuadrar en ella situaciones que no configuran realmente un caso de imposibilidad material. Así, por ejemplo, la supresión del puesto o plaza que ocupaba el trabajador no podrá ser alegada como motivo de imposibilidad material, porque la reposición de aquel es “en su empleo” (LPCL, Art.34) y “sin afectar su categoría anterior” (R-TUO-LFE, Art.53), por lo que deberá ser reubicado en otro puesto, cargo o plaza de la igual o superior categoría. Con igual razonamiento, la eventual supresión, extinción o fusión del área, unidad o sección en que trabajaba, no impedirá su reincorporación en otra área de la misma empresa, pues en tanto el empleador continúe desempeñando su actividad no podrá exonerarse de la obligación de reponer al trabajador cuyo despido se ha declarado nulo, basándose en circunstancias sobrevinientes a dicho acto extintivo, y siempre que estas no afecten la

continuidad de la empresa. Por ello, tampoco el traslado o reubicación geográfica de la empresa podrá ser argüido por el empleador como fundamento para resistir el mandato de reposición.

Por consiguiente, el ámbito de la imposibilidad de la reposición se reduce al caso de la extinción o cese total de la actividades de la empresa, esto es a la “salida del mercado” de esta, con lo cual desaparece, también, la figura del empleador y, por consiguiente del obligado al cumplimiento del mandato de reposición, así como el propio objeto del contrato de trabajo existente entre este y el trabajador”.

2.2.1.6. La eficacia reparadora del despido lesivo de derechos fundamentales

1. La Reposición del trabajador

Manifiesta Blancas (2013, p.553) Cuando la impugnación del despido se sustancia por la vía del proceso de amparo, en cualquiera de los supuestos antes analizados, el efecto de la sentencia que declara fundada la demanda consiste en la reposición del trabajador en su empleo.

Ello es consecuencia inexorable de la eficacia restitutoria que corresponde, por naturaleza, a los procesos constitucionales de garantía, en general, cuya finalidad consiste en proteger los derechos constitucionales lo cual se logra restituyendo o reponiendo al agraviado en el goce y ejercicio del derecho lesionado.

En este sentido, el propio TC ha señalado que “por la propia finalidad del amparo el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de

una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1 de la Ley 23506 “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”. (STC N°976-2001-AA/TC,FJ.13).El Código Procesal Constitucional (CPCO), Ley N° 28237, que ha reemplazado a la ley 23506, contiene una fórmula semejante al expresar que los Procesos de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Cumplimiento “(...) tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de un derecho constitucional (...)”.

2. El cumplimiento de la reposición y otros efectos

A. Requisitos de la reposición

- **Reocupación del trabajador, sin afectar su categoría**

La sentencia estimatoria de la demanda de amparo que contenga mandato de reposición del trabajador , por el que este impugno su despido, obliga a que sea reincorporado por su empleador al centro de trabajo, pero no necesariamente al mismo puesto o cargo que tenía al ser despedido, cuando ello no resulte posible, de forma similar a lo que ocurre cuando, en la vía procesal laboral, se ordena la reposición del trabajador cuyo despido se ha declarado nulo (Supra, Cap.Quinto,III,2,A,a).

El CPCO no señala expresamente que la reposición en el empleo implique conservar la categoría anterior del trabajador, pero se puede considerar aplicable por analogía la norma contenida en el artículo 53 del R-TUO-LFE que impone esta exigencia al empleador. Así se evidencia, del texto de numerosas sentencias del TC en las que este dispone que se reponga al trabajador “(...) en el cargo que venía

desempeñando o en otro igual de similar nivel o jerarquía” (STC N° 2158-2006-PA/TC).

- **Mantenimiento de su nivel remunerativo**

El CPCO no hace referencia alguna de manera expresa respecto al mantenimiento de su nivel remunerativo del trabajador en materia laboral, pero esta es una exigencia implícita, de modo necesario, en la orden de reposición. Primero, porque al disponer la sentencia que se otorgue al trabajador el mismo puesto u otro similar al que tenía al momento del despido y , asimismo, se respete el nivel, jerarquía o categoría que ostentaba en esa oportunidad , no cabe duda que debe otorgársele la remuneración correspondiente a dicha categoría, segundo ,porque así lo indica el numeral 3 del artículo 55 del CPCO la sentencia debe ordenar la “restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado anterior en que se encontraba antes de la violación”. No puede haber, restitución del derecho vulnerado si el trabajador al ser repuesto sufre el menoscabo de su categoría o nivel o asimismo de su remuneración.

- **Pago de las remuneraciones devengadas**

En efecto, el tribunal constitucional adoptó, en un primer momento, el criterio de que la pretensión para que se paguen las remuneraciones dejadas de percibir por el trabajador que fuera despedido arbitrariamente no procedía porque la remuneración constituía la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado.(STC N° 482-99-AA/TC; STC N° 555-99-AA/TC). De esta manera, a pesar de que la sentencia estimatoria implicaba declarar la invalidez del despido por su carácter inconstitucional, se le reconocía, no obstante, efectos sobre la continuidad de la relación laboral, al considerar eficaz su interrupción decidida por el empleador.

Posteriormente, el tribunal reviso tan inconsistente posición y, apartándose de ella, adopto el precedente jurisprudencial por el que reconoce el derecho del trabajador que fue despedido, con lesión de sus derechos fundamentales a reclamar el pago de las remuneraciones devengadas en la vía judicial a título de indemnización por el daño sufrido por haber sido privado de su trabajo y de las remuneraciones que le correspondían. Así lo expresa, por ejemplo, en la STC N° 2040-2004/TC: “en cuanto al pago de remuneraciones devengadas, teniendo este reclamo naturaleza indemnizatoria, y no resarcitoria o restitutoria, se deja a salvo el derecho del demandante para que lo haga valer en la forma legal que corresponda (FJ.9). De esta manera, la jurisprudencia Constitucional disocia la reposición del trabajador en su empleo del pago de las remuneraciones devengadas y remite el reclamo de esta a la justicia ordinaria laboral”.

- **Reconocimiento del tiempo de servicio y depósitos de la compensación por tiempo de servicios**

Afirma Blancas (2013, p.569) “Una de las consecuencias necesarias de la nulidad del despido y la reposición del trabajador ha de ser el reconocimiento de su tiempo de servicios, o antigüedad en el empleo, y la realización de los depósitos de la CTS que corresponda por el periodo dejado de laborar a causa del despido. Solo de esta manera será real la reposición de “(...) las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...) conforme a la finalidad de los procesos constitucionales de garantía señalada en el artículo 1 del CPCO”.

2.2.1.7. Ejecución de la reposición

- **Plazo**

El artículo 22 del CPCO, señala, que “la sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata”. Pero el artículo 59 del CPCO,

puntualiza que en los casos de proceso de amparo, la sentencia debe cumplirse dentro de los dos días siguientes de notificada y tratándose de omisiones el plazo se duplica. Por lo tanto el trabajador debe ser reinstalado a su centro de labores en el plazo de dos días.

- **Resistencia a la reposición**

El artículo 22 del CPCO, nos señala que el juez puede hacer uso de multas fijas o acumulativas, o incluso, disponer de la destitución del responsable, ante la resistencia de dar cumplimiento a su mandato judicial. El artículo 59 del CPCO precisa si el obligado no cumple lo ordenado dentro del plazo señalado, el juez se dirigirá al superior de aquel requiriéndole para que lo haga cumplir y disponga el inicio del procedimiento administrativo contra el que incumplió el mandato; si el superior, transcurridos dos días, no ha satisfecho el requerimiento del juez, este ordenara abrir proceso administrativo contra aquel y adoptara directamente todas las medidas para el cumplimiento de su sentencia, pudiendo sancionar ambos funcionarios por desobediencia, sin perjuicio de su responsabilidad penal.

- **Facultad del juez para el cumplimiento total de la sentencia**

El artículo 59 del CPCO, señala que el juez "(...) mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho". Esta norma deviene de gran importancia para lograr la plena eficacia del mandato judicial y por consiguiente, la readmisión de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, esto es la "restitutio in integrum". Dicha restitución no se agota, la mayoría de las veces, en un acto o aspecto del derecho vulnerado, sino que contiene cuestiones complejas u obligaciones concurrentes para el demandado, que no pueden ser soslayadas sin incurrir en el riesgo del incumplimiento defectuoso, incompleto o insuficiente del mandato judicial, lo

que tendrá como efecto la subsistencia del agravio, aunque de modo parcial.

2.2.1.8. I Pleno Jurisdiccional Supremo En Materia Laboral, Lima – Perú 2013

a. Sobre la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía laboral regulada por la ley procesal del trabajo (LEY N° 26636)

“La protección del derecho al empleo ha sido uno de los principales temas de análisis y debate en los foros laborales en los últimos años. En este sentido, es conocida la doctrina que el Tribunal Constitucional ha desarrollado sobre la protección de los derechos laborales constitucionales y los alcances de la jurisprudencia respecto al derecho al empleo consagrado en el artículo 22 de la Constitución”.

“La doctrina jurisprudencial y el precedente vinculante deben ser tomados en cuenta para la resolución de los procesos de impugnación y de nulidad de despido que se presenten tanto en sede constitucional, como ordinaria laboral, en específico en lo relativo a la competencia, procedencia de la demanda y de las pretensiones, y en el tipo de protección que se otorgue al trabajador afectado”.

“En el caso FETRATEL, el Tribunal Constitucional interpretó el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en relación a lo prescrito por los artículos 22 y 27 de la Constitución, y aplicando el control difuso determinó que dicha norma no resultaba compatible con la Constitución, precisando en el fundamento 12 c.a. que “El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional”.

- El Pleno acordó:

“Los jueces de trabajo en los procesos laborales ordinarios regulados por la Ley Procesal del Trabajo, Ley 26636, están facultados para conocer los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento, que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador al centro de trabajo.”

b. Sobre la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía laboral regulada por la nueva ley procesal del trabajo (LEY N° 29497).

El artículo 2 inciso 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, ad litteram prescribe: “Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: (...) 2. En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única.”

“Siguiendo esta línea normativa, se entiende que la norma procesal habilita a la jurisdicción laboral vía proceso abreviado laboral y no proceso ordinario laboral, el conocimiento de una demanda que contenga como pretensión principal única la reposición en los supuestos de despido incausado o fraudulento (vulneración de los artículos 22 y 27 de la Constitución)”.

“Además de los argumentos y fundamentos desarrollados en el tema 1.a) del Pleno, respecto a la procedencia de la demanda de reposición por despido incausado o fraudulento en sede ordinaria laboral en las Cortes Superiores en las cuales esté vigente la Ley N° 26636, para aquellas Cortes Superiores en las cuales se aplique la nueva Ley Procesal Laboral N° 29497, constituye fundamento normativo el citado artículo 2 numeral 2, en virtud de la nueva estructura del

proceso laboral que permite para los casos de reposición planteada como pretensión principal única, que sea el proceso abreviado la vía en la cual se tramiten dichas demandas. El juez laboral puede dictar una sentencia célere y oportuna en el proceso abreviado diseñado especialmente para la demanda de reposición, que se sustente en la afectación de un derecho fundamental (derecho al trabajo) que amerita una rápida protección y restitución. En efecto, las notas características de este proceso, y que permiten que ciertamente el mismo sea célere, son: el juez verifica que la demanda contiene los requisitos respectivos, emite resolución disponiendo su admisión, al mismo tiempo que emplaza al empleador a que conteste la demanda otorgándole un plazo de 10 días hábiles. Durante dicho lapso (20 a 30 días hábiles luego de calificada la demanda), se cita a las partes a una Audiencia Única, que concentra etapas: conciliación y juzgamiento. Luego de ellas el Juez debe dictar su fallo en un plazo máximo de 1 hora y notificar la sentencia dentro de cinco días hábiles”.

“Como se puede apreciar, con la nueva estructura procesal diseñada por la ley 29497, existen suficientes fundamentos para concluir que el proceso abreviado laboral se erige como la vía igualmente satisfactoria para la solución de conflictos en los que se discuta la existencia de despido incausado o fraudulento y se pretenda exclusivamente como pretensión principal única la reposición al centro de trabajo”.

- i) Porque se está brindado un tratamiento de “urgente” a la pretensión de reposición, con similar o mayor rapidez procesal a la brindada en un proceso de amparo;
- ii) El proceso abreviado permite otorgar la misma consecuencia jurídica que la otorgada en el proceso

constitucional de amparo laboral: la reposición (tutela restitutoria);

iii) El proceso abreviado laboral está inspirado en los principios de inmediación, concentración, veracidad, celeridad, economía procesal y principalmente oralidad, cuyo juez es un magistrado especializado en el derecho laboral;

iv) Se garantiza la doble instancia y el recurso de casación;

v) Existe una estación probatoria en la cual el juez laboral determina los hechos materia de controversia y sobre los que recaerá la prueba aportada por ambas partes, evitando distraer la atención respecto de hechos y material probatorio impertinente e inconducente a la solución del conflicto;

vi) La posibilidad de la conciliación dentro de un proceso laboral; y,

vii) La existencia de medidas cautelares, que pueden ordenarse inmediatamente a juicio del Juzgador, cuando se verifique la concurrencia de los elementos de procedencia de las mismas, así como se tenga en consideración lo previsto en el 55 de la Ley número 29497, sobre Medida Especial de Reposición Provisional dentro del Proceso Cautelar en el que se da atribuciones especiales al Juez para ordenar la misma dentro o fuera del proceso, cumpliendo los requisitos ordinarios, y regulándola en casos especiales.

- El Pleno acordó:

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

No es entonces ,que a partir del 2012 , el modelo de protección frente a un despido arbitrario , en vía ordinaria laboral ; había establecido dos mecanismos de protección frente al despido arbitrario o ilícito , de modo general una tutela restitutoria frente al despido nulo , mientras que para los demás despidos incausado y fraudulento operaba la tutela resarcitoria, una reparación económica, y si se quería la reposición al centro de labores ante un despido incausado se debía acudir a la vía del proceso de amparo para la protección de los derechos constitucionales reconocidos en el artículo 22 y 27 de la constitución. Todo cambia con el I Pleno Jurisdiccional Supremo En Materia Laboral.

En el cual se acuerda la procedencia de la demanda de reposición por despido incausado o fraudulento en sede ordinaria laboral en las Cortes Superiores en las cuales esté vigente la Ley N° 26636; en el cual, a través de proceso ordinario se puede pedir una pretensión principal ,la reincorporación al centro de labores, y la pretensión subordinada, indemnización por daños y perjuicios, sin embargo para aquellas Cortes Superiores en las cuales se aplique la nueva Ley Procesal Laboral N° 29497, la vía satisfactoria para pedir la restitución del derecho vulnerado es el proceso abreviado laboral, pero por la rapidez sólo cabe plantear como pretensión única principal, la restitución al centro de labores del trabajador que es despedido sin causa justificada.

2.2.2. Despido Arbitrario

2.2.2.1. Antecedentes

Para el desarrollo del presente trabajo encontramos algunos antecedentes Históricos-jurídicos del Despido muy interesantes relacionados al despido arbitrario.

A lo largo de la evolución histórica del derecho laboral se ha tratado temas que surgen del mismo contrato laboral, como son los temas de remuneración, beneficios sociales, etc. Pero la extinción de la relación laboral es un tema que no surge de la relación contractual laboral sino del cese de la misma. La trascendencia individual y social que se atribuye, con evidente realismo, al despido ha determinado que en esta figura se concentren, en mayor medida, los esfuerzos del legislador para rodearla de exigencias sustantivas y formales que, a su vez, constituyan para el trabajador garantías destinadas a protegerlo frente a decisiones extintivas del empleador que sólo tengan como fundamento la discrecionalidad de su voluntad desde la perspectiva de que el despido del trabajador comporta la manifestación de un poder que se reconoce al empleador podemos distinguir, en la evolución de la protección contra el despido, tres grandes etapas o momentos, determinados en función de la amplitud o intensidad de dicho poder. Estas etapas son las siguientes:

- El Despido: Poder Absoluto, Carlos Blancas Bustamante, El Despido En el Derecho Laboral Peruano, Tercera Edición, Juristas Editores E.I.R.L. Lima-Perú.

Cuando los principios e instituciones características del derecho al trabajo, no se encontraban definidas, la relación de trabajo estuvo regulada por el Código Civil e incluso por el código del comercio, que solían encuadrarlas dentro de la figura contractual del arrendamiento de servicios.

Se consideraba que el contrato de trabajo se podía resolver libremente, en cualquier momento, por decisión de cualquiera de las partes. Esto se basaba en el principio de autonomía de la voluntad e igualdad entre las partes, permitía al empleador la potestad discrecional de despedir al

trabajador, sin que su decisión estuviera condicionada por exigencias de fondo, forma, o menos aún, por la obligación de resarcir al trabajador por el despido que no se ajustaba a exigencias de forma y fondo.

Para la doctrina esta forma de extinción de la relación de trabajo, por la sola voluntad unilateral del empleador es conocida como despido ad nutum Alonso (1981, p.557) “(...) ha de entenderse como un ejercicio del poder empresarial sin limitaciones de ninguna clase. Sin límites causales, de modo que pudiera ser despedido el trabajador en cualquier momento y sin alegación de causa alguna; sin límites formales, de manera que el despido pudiera realizarse sin necesidad de someterse a reglas o normas formales determinadas, y sin límites en los efectos o consecuencias, de suerte que la resolución no arrastrase consigo la obligación empresarial de indemnizarse daños y perjuicios.”

La facultad que se reconoce al empleador de poder despedir es absoluta, discrecional e incausada, en el despido ad nutum, por lo que no es posible plantear la cuestión de legitimidad o licitud del despido. Este constituye por el contrario la potestad que el ordenamiento jurídico le atribuye, por consiguiente, cualquiera sea el motivo, el despido por el empleador de manera libre, no es susceptible de ser revisado en sede judicial, ni tampoco administrativa.

El trabajador despedido por la voluntad unilateral del empleador carecía del derecho de impugnar o reclamar contra el despido, para así alcanzar una reparación económica por los perjuicios que le ocasionaba la pérdida de su puesto de trabajo, y menos aún, el de recuperar dicho puesto de trabajo.

Señala Blancas (2013, p.797) “Este sistema rigió en el Perú hasta la dación de la Ley 4916, del 7 de Febrero de 1924.”

- El Despido: Poder Limitado, Carlos Blancas Bustamante, El Despido En el Derecho Laboral Peruano, Tercera Edición, Juristas Editores E.I.R.L. Lima-Perú.

En esta segunda etapa la forma de regular el despido atañe al desarrollo del derecho al Trabajo, cuyos principios e instituciones características, inspiradas en la idea de la protección del trabajador para equilibrar la desigualdad real en la relación laboral trabajador-empleador, se proyectaron, necesariamente , sobre la formas de extinción de la relación de trabajo y en particular sobre el despido, con el objeto de proteger el empleo del trabajador, limitando, para ello el poder de terminar el vínculo laboral por sola voluntad del empleador.

Señala Van (1989, pp.160-161) “Que esta evolución ha conocido tres etapas: la existencia del preaviso antes de proceder al despido; el pago de indemnizaciones en caso de despido, así como la prohibición de despidos en determinados periodos; y, finalmente, la exigencia de que toda terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador deba basarse en una causa que la justifique. Según el laboralista Costarricense, esta última etapa corresponde a la institución de la estabilidad en el trabajo.”

Pla (1978, p.173), citando una expresión de Martins Catharino, las denomina “limitaciones laborales impropias” y precisa que estas no niegan el derecho a despedir sino que, por el contrario, “parten del supuesto de que es un derecho patronal”. Agrega, este mismo autor que “la eficacia de todas estas medidas restrictivas dependerá principalmente de su onerosidad: cuanto más gravosas sean las sanciones, menos despidos injustificados habrá. Si las indemnizaciones son mínimas, no funcionan como sistema restrictivo. Si son elevadas, operan efectivamente como estímulo negativo.se

trata pues de una limitación elástica, en la que actúan frenos económicos y no jurídicos.”

El empleador sigue gozando de una facultad ad libitum para despedir, estando ahora obligado ya sea a respetar una formalidad o a resarcir al trabajador, o a veces, a ambas cosas, de acuerdo a cada ordenamiento laboral y según sus opciones.

Se trata, como lo ha calificado la doctrina de un “despido pagado”, no sujeto a especificar la causa como elemento legitimador del despido.

Señala Blancas (2013, p.797) “a esta etapa corresponde el régimen legal instaurado en el Perú con la Ley 4916 y su reglamento del 22 de junio de 1928. Estas normas introdujeron en nuestro ordenamiento laboral las figuras del preaviso y de la indemnización por despido, como limitaciones iniciales al poder empresarial de despedir al trabajador.”

•El Despido: Poder excepcional, Carlos Blancas Bustamante, El Despido En el Derecho Laboral Peruano, Tercera Edición, Juristas Editores E.I.R.L. Lima-Perú.

Señala Martín, Rodríguez-Sañudo y García (1991, p.537) Que: “Ingrediente decisivo de esa tendencia legal más favorable a la estabilidad en el empleo fue la restricción de la libertad empresarial de despido, mediante la exigencia de una causa justa (...)”

Para Pla (1968, p.172), por su parte, comparando esta situación con la anterior, que prevalecían las “limitaciones laborales impropias”, las que a su juicio confirmaban el derecho del empleador para despedir, anota que: “la estabilidad, en cambio, parte del supuesto contrario, o sea, de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay causa justificada.”

En esta última etapa el poder empresarial de despedir por la sola voluntad del empleador al trabajador, se transforma en un “poder excepcional” por que ya no existe dicha facultad del empleador salvo en determinadas circunstancias excepcionales, ya que el despido en principio está prohibido, y solo se podrá basándose en causas justas previstas en la ley o en la norma jurídica en cuestión.

“Es importante señalar que esta evolución de los ordenamientos estatales hacia el “despido causal” alcanzó reconocimiento internacional a través del Convenio 158 de la OIT (Conv.158 OIT) sobre “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador” cuyo artículo 4 dispone que “no se pondrá términos a la relación de trabajo de un empleador a menos que exista para ello una causa justificada ” al respecto se ha señalado, con absoluta nitidez, que: “La necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del convenio. Al adoptarse este principio, el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización.”

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988), prescribe en su artículo 7 que: los “(...) los estados garantizan en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o en

cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

2.2.2.2. Concepto

Artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Segundo Párrafo de la LPCL.- (...)“Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al Pago de la indemnización establecida en el Artículo 38º, **como única Reparación por el daño sufrido.** (...)”.

2.2.2.3. Clases de Despido según el TC

El tribunal constitucional ha establecido los tipos de despido en la resolución (Huasco, 13 de marzo del 2003) que tienen efectos restitutorios:

1) Despido nulo

Este despido se produce cuando el empleador termina la relación laboral incurriendo en los supuestos establecidos en el artículo 29 del TUO de la ley de productividad y competitividad laboral.

“Se produce el denominado despido nulo, cuando:

- Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.
- Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición)
- Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.
- Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).

- Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.º 26626).
- Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050)”.

2) Despido incausado

Se produce el denominado despido incausado, cuando:

- Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.

3) Despido fraudulento

Se produce el denominado despido fraudulento, cuando:

- Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.º 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.º 628-2001-AA/TC) o mediante la “fabricación de pruebas”.

2.2.2.4. Clases de Despido en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

a) Despido Nulo

Así lo define Haro (2010, p.241) como “El acto por el cual el empleador cesa a un trabajador por motivos discriminatorios. Si el trabajador interpone demanda judicial de nulidad del

despido y ésta es declarada fundada, éste tiene derecho a la reposición en su puesto de trabajo y al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, salvo que opte por una indemnización por despido”.

La LPCL señala en su artículo 29º como causales de despido nulo, las siguientes:

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

Además se considera nulo el despido:

- f) Cuando el trabajador sea portador del SIDA (De acuerdo a la Ley N° 26626, Artículo 6º: “Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA”.).
- g) El Despido basado en la discapacidad del trabajador (De acuerdo a la Ley N° 27050, Artículo 31.2: “Nadie puede ser

discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general, las condiciones en el empleo de la persona).

El empleado que se vea afectado por un despido nulo puede solicitar su reposición o en su defecto puede optar por la indemnización, pudiendo elegir sólo una de estas opciones.

b) Despido Arbitrario

El despido arbitrario se produce cuando el patrón da por concluida la relación laboral con el trabajador sin expresión de causa.

También es definido por (LABORALES, Junio, 2004) de la siguiente manera, “El despido arbitrario es aquel que se produce al cesar a un trabajador por acto unilateral del empleador sin expresión de causa o porque no se pudo demostrar está en juicio. En estos casos el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido, lo que no impide que pueda simultáneamente demandar el pago de cualquier otro derecho o beneficio social aun no hecho efectivo”.

El artículo 34º de la LPCL establece que frente al despido arbitrario el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38º, como única reparación por el daño sufrido. Siendo el monto de la indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones.

El monto de la indemnización por despido arbitrario en el caso de contratos a plazo fijo, es igual a una remuneración y media mensual por cada mes que falte para completar el

plazo estipulado en el contrato, con un máximo de 12 remuneraciones.

c) Despido Indirecto o Actos De Hostilidad

Son actos u omisiones realizados por el empleador o sus representantes que molestan o incomodan al empleado. Como tales constituyen faltas del empleador, y tienen como objetivo, normalmente, la renuncia del trabajador, aunque en algunos casos su fin es obtener algún favor o ventaja en perjuicio del trabajador, que atenta contra su moral, dignidad, economía, etc., salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostradas por el empleador.

El artículo 30° inciso a) de la LPCL establece que son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostradas por el empleador.

b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría. Esta falta es aquella dispuesta por decisión unilateral del empleador que carece de motivación objetiva o legal. En el caso de reducción de remuneración, no se configura la hostilidad por la parte de la remuneración cuyo pago está sujeto a condición.

c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquél en el que preste habitualmente servicios con el propósito de ocasionarle perjuicio. Esta falta es aquella que importa un cambio a un ámbito geográfico distinto y se configura siempre que tenga el deliberado propósito de ocasionarle perjuicio al trabajador.

d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad, que pueda afectar o poner en riesgo la vida o la salud del trabajador.

e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.

f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.

g) Los actos contra la moral, y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

h) La negativa injustificada del empleador de otorgar la licencia laboral por adopción (Artículo 7° de la Ley N° 27409, Ley que otorga Licencia Laboral por Adopción.).

d) Despido Justificado o Despido Legal

Este puede ser utilizado por el patrono cuando un empleado ha incurrido en alguna de las causales señaladas en la norma, que pueden estar relacionadas con la conducta o con la capacidad del trabajador. Siendo para ello necesario que el empleador siga el procedimiento establecido en la ley, es decir, el preaviso correspondiente para que el trabajador se defienda de los hechos que se le imputan o pueda demostrar su capacidad. Una formalidad esencial a cumplir es la comunicación por escrito del despido.

El artículo 23° de la LPCL establece como causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida determinante para el desempeño de sus tareas. Esta causa deberá ser debidamente certificada por el ESSALUD, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del

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

b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores bajo condiciones similares. Para su verificación el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la AAT, así como del sector al que pertenezca la empresa.

c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

El artículo 24º de la LPCL establece como causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

a) La comisión de falta grave.

En el Despido por Falta Grave el concepto de “Falta Grave” se refiere a la inconducta del trabajador traducida en una infracción de sus deberes esenciales surgidos del contrato de trabajo, lo cual hace irrazonable la continuación de la relación laboral. Por lo relevante de sus consecuencias, los supuestos de falta grave están restringidos a los señalados por Ley, siendo imposible que el empleador pueda alegar una causal que no esté prevista expresamente. Para que se produzca un despido por falta grave, el empleador debe seguir los procedimientos y formalidades contempladas en la Ley, su omisión conlleva a que el despido sea declarado improcedente.

b) La condena penal por delito doloso.

El Despido por Condena Penal por Delito, se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal

hecho el empleador, salvo que éste haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador.

c) La inhabilitación del trabajador.

En el Despido por Inhabilitación del Trabajador, la inhabilitación que justifica el despido es aquella impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si es por un periodo de 3 meses o más. Si es por menos de 3 meses sólo hay suspensión del contrato.

2.2.2.5. La protección contra el despido arbitrario

La estabilidad laboral constituye más que un escudo protector, el escudo "reparador" del principio de continuidad de la relación laboral que, según lo sostiene Pla (1968, p.172) "... sólo se debe disolver válidamente cuando exista algún motivo justificado."

Según la definición del Diccionario de la Lengua Española, "estabilidad" significa "permanencia, duración en el tiempo; firmeza, seguridad en el espacio".

Para Rubinzal (1987)"estabilidad" constituye la "seguridad jurídica brindada al trabajador de continuar su carrera profesional en la empresa, mientras dure su aptitud y no exprese su decisión contraria...".

En el Perú a partir del Decreto Ley N° 18471 se consagró legislativamente la denominación de "estabilidad laboral", constituyendo su máxima expresión la Constitución de 1979 que la contenía en su artículo 48.

En efecto dicha norma establecía lo siguiente: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la Ley y debidamente comprobada".

A pesar de tener el trabajador un respaldo constitucional, jurídicamente dicha estabilidad jamás impidió el despido directo del trabajador.

Con la Constitución de 1979, se hablaba de una estabilidad laboral en el trabajo, que brindaba una protección legal contra las posibilidades de terminar la relación laboral unilateralmente por parte del empleador, buscando así la continuidad del contrato de trabajo y el que solo se podía extinguir por causa justa prevista en la Ley. Por ende la estabilidad absoluta, otorgaba que el trabajador sea repuesto o la reposición del trabajador, ante la terminación del contrato de trabajo por causa no prevista en la Ley y una estabilidad relativa, que ante un despido arbitrario solo conduce a la indemnización.

Ya con la Constitución Política del Perú actual, no existe un régimen expreso de estabilidad laboral establecido en tal constitución. Pero se entiende que ante un despido arbitrario, la protección adecuada contra un despido incausado sería la estabilidad laboral relativa, contemplada en el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, LPCL. Que expresa que el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización.

Según Morales (2003, p.26) “Correspondió a las Leyes de Desarrollo (Decreto Ley N° 22126 y Ley N° 24514) establecer la forma de reparar el daño ocasionado por un despido efectuado sin causa justa, es decir en contravención de la norma constitucional. Y fueron dichas disposiciones las que determinaron que a elección del trabajador tal reparación podía consistir en su reposición coercitiva o el pago de una indemnización. Puede observarse, tema importante, que fue el legislador y no la Constitución quien

estableció la manera o modalidad de reparación otorgando al trabajador la facultad de optar por una u otra forma”.

La Constitución de 1979 en su artículo 48 no fijaba un sistema específico de estabilidad, ni prohibía que la Ley señalara un plazo para su adquisición , por lo que la subsistencia de la norma legal pre constitucional no violaba el artículo 48 de tal constitución de 1979, pero si considero que el tiempo previo a la adquisición de la estabilidad laboral , durante el cual el empleador podía despedir discrecionalmente a su empleado , contradecía el precepto constitucional que toleraba el despido sólo por causa justa .

Por ende hubo quienes sostuvieron la inconstitucionalidad del Decreto Ley N° 22126, y se propugnó la necesidad de su reforma a una ley fiel al precepto constitucional.

Por ello el 06 de junio de 1986 entra en vigencia la Ley N° 24514, que reconoce la adquisición de la estabilidad laboral desde el vencimiento del periodo de prueba eliminando así el periodo de adquisición de la estabilidad laboral a los tres años contemplado en el Decreto Ley N° 22126 derogado.

Distinto fue el entendimiento de la norma constitucional por el común de los trabajadores, quienes consideraban que la "estabilidad les aseguraba la continuidad en el trabajo sin posibilidad de despido. De ahí que la sola mención de flexibilizar tal derecho, fue rechazada de la manera más rotunda, al punto que hizo peligrar la aprobación plebiscitaria de la Constitución que actualmente nos rige.

Los empleadores, por su parte la percibieron y continúan haciéndolo, como una suerte de propiedad del puesto de labores por el trabajador, porque éste, una vez superado el periodo de prueba, resulta prácticamente inamovible, ya que, Incluso producido el despido por falta grave es muy difícil

acreditarlo. El resultado es que el trabajador adquiere la reposición, lo que implica el pago de las remuneraciones caídas, de una multa y el fraccionamiento de los principios de autoridad y disciplina en el centro de trabajo.

Morales (2003, p.26) “En realidad la denominación "estabilidad laboral" resulta equívoca ya que en el fondo la generalidad de la legislación comparada. Entiende que su ejercicio supone una reparación, si se demuestra que ha sido violada, reparación que puede darse en varias formas: reposición, indemnización u otra prestación, como el seguro de desempleo, toda vez que un despido justificado no constituye violación alguna y, por ende, no genera pago de ninguna indemnización, Y menos aún la reposición”.

La estabilidad laboral solo permite el despido del trabajador por causa justa, lo que equivale a decir que lo prohíbe cuando esta no existe o no puede ser demostrada, por lo que deben existir remedios eficaces para el caso en dicha prohibición sea ignorada por el empleador en perjuicio del trabajador.

Ramírez Bosco que “La forma en que el derecho reacciona contra el despido mal fundado, o sea, la protección que dé a la permanencia del trabajador , debe por necesidad consistir en una sanción que se aplique al empleador que actuó antijurídicamente”.

Por ello sostengo en esta investigación que el actuar del empleador no solo debe basarse, en que si el trabajador, lo desee sea restituido o reinstalado a su centro de labores, sino que se le brinde además una indemnización por el daño y perjuicio acarreado en todo el tiempo que estuvo sin laborar por el actuar doloso del empleador.

La Constitución Política del Perú de 1993 evitó hacer mención a la "estabilidad laboral", refiriéndose en su artículo 27 a la "adecuada protección contra el despido arbitrario".

Para Morales (2003, p.26) "La reacción generalizada de los organismos sindicales, fue que con dicha denominación desaparecía la estabilidad laboral en el país, sin percatarse que la OIT en la Tercera Conferencia Regional Americana llevada a cabo en México en el año 1946, al precisar el alcance de este concepto concluyó que significaba "protección del trabajador contra el despido arbitrario. (Citado por Américo)

La denominación que actualmente otorga la Constitución a la protección de este derecho resulta igualmente inadecuada aunque, como repetimos en el lenguaje laboral utilizado tanto en la doctrina como en las normas nacionales o convenios y tratados internacionales, existe coincidencia en que la violación al derecho a la estabilidad o la protección contra el despido arbitrario, tiene como reparación la reposición en el trabajo o, alternativamente, la indemnización o cualquier otra prestación prevista en la respectiva Legislación Nacional, como podría ser el seguro de desempleo.

Como se advierte de lo tratado hasta el momento, lo que la doctrina rechaza taxativamente en general, es que el despido sea ad nutum o incausado, "... entendiéndose por tal aquél en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada suficiente para extinguir la relación" según (Bustamente).

Señala Morales (2003, p.26) "En otros términos, si la legislación contemplara un largo listado de conductas o situaciones que justifiquen el despido del trabajador, nada

tendría que decir la doctrina ni la jurisprudencia sobre el tema pues, según ella, bastaría su consideración, razonable ciertamente, para que si el trabajador es despedido, tal despido al ser "justificado" proceda sin ningún inconveniente. En tal sentido. Todo quedaría solucionado con una debida actualización de las normas que regulan las causas justificadas de despido”.

Discrepo con el autor Morales (2003, p.26), ya que la legislación nacional si contempla un listado de las causas de un despido justo contempladas en el Decreto Legislativo N ° 728, del Decreto Supremo 003-97-TR LPCL, en los artículos 23 y 24 en adelante, que debe ser demostrada por el empleador y no dará lugar a una indemnización ya que ese despido se ajusta a ley.

Pero pese a tener legislación, persisten los despidos arbitrarios, porque la protección al trabajador y la sanción al empleador es ineficaz. Por ello entra a tallar la doctrina y jurisprudencia.

La legislación Nacional en materia Laboral, Decreto Legislativo N° 728 LPCL, Decreto Supremo N° 003-97-TR, regula las causas de un despido justificado, en otras palabras las causas de un despido justo relacionadas a la capacidad o conducta del trabajador, si el despido tiene causa justificada en el artículo 23 del Decreto Supremo 003-97-TR, Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley,

determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes., o en el artículo 24 del mismo Decreto Supremo 003-97-TR, Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: a) La comisión de falta grave; b) La condena penal por delito doloso; c) La inhabilitación del trabajador., entonces no daría lugar a una indemnización ,ya que nos encontramos ante un despido de acuerdo a Ley.

Para Morales (2003, p.26) “De hecho, el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo que obra en el Congreso de la República. Amplía las causales actualmente contempladas en nuestra legislación. Nos da la impresión, que la insistencia doctrinaria de que el despido "arbitrario" o "ad nutum" no puede ser aceptado, resulta cuando menos exagerada, porque si éste se produce la consecuencia es que el daño debe ser reparado. Así lo reconocen los convenios internacionales y la legislación comparada, lo que hace inentendible tal posición”.

A pesar de existir en nuestra legislación nacional las causas por las cuales puede proceder terminar la relación laboral unilateralmente por parte del empleador , solo y únicamente si se refiere a las causas justas relacionadas a la capacidad o conducta del trabajador contempladas en el artículo 23 y 24 del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Ello no impide que siga existiendo hasta la actualidad despidos Arbitrarios , al reconocer la Constitución Política del Perú en su artículo 27 “Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” , el Tribunal Constitucional nos habla de la función “preventiva” y la “reparadora” en casos de despido injustificado , la primera función preventiva, se configura cuando la conducta del

trabajador se encuentre en las causas justas de despido relacionadas a su conducta o capacidad , pero ello no impide, ni impedirá que se produzca el despido arbitrario sin causa y sin poder ser demostrada por el empleador. Es por ello que, al plantear la segunda función reparadora, sería, la reposición del trabajador a su centro de labores y brindarle una compensación económica por los daños y perjuicios, por el tiempo que quedo desocupado y sin posibilidad alguna en algunos casos de tener un trabajo adecuado.

El término "arbitrario" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa " que depende del arbitrio", "que procede con arbitrariedad", y el término "arbitrio" significa "facultad que tiene el hombre de adoptar una resolución con preferencia a otra". Es cierto que en su tercera acepción el mismo término significa "voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o capricho".

De otro lado, se debe tener en cuenta que despido "arbitrario" o "sin causa justa", o "injustificado" o "ad nutum: son sinónimos (thesaurus Gran Sopena, Sinónimo y antónimo y asociación de Ideas).

En consecuencia, si se desea ser estricto en la línea de pensamiento según la cual no cabe el despido arbitrario, tendríamos que sostener que no es suficiente imputar al trabajador una conducta determinada, o que se encuentra dentro de una situación prevista como justificada para el cese, para que este opere sin ningún tipo de consecuencia. Ya que además de la imputación lo que correspondería, si el trabajador no está de acuerdo, es probar la causa justificada, porque, de no hacerlo, a pese de la imputación correspondiente. Estaríamos frente a un despido injustificado, arbitrado, o ad nutum; y si esto sucede, nuevamente nos preguntamos ¿cuál es la sanción? La

respuesta sigue siendo la misma: la reparación a través de las tres fórmulas clásicas, es decir, la reposición, o la indemnización, u otras prestaciones.

Debemos recordar que la violación del derecho a la estabilidad laboral importa la consumación de un daño, y que conforme a la doctrina uniforme tiene dos maneras de repararse. Como sostiene Zannoni (1982. p. 182), "un modo de hacerlo es a través de lo que se denomina reparación natural o innatura que consiste en la reintegración en forma específica, o reparación en especie. Implica, literalmente volver las cosas al estado que tendrían si no hubiera ocurrido el hecho dañoso", en nuestro ámbito la reposición o reinstalación del trabajador. Según el mismo autor, "El otro modo de reparar el daño es la llamada reparación por equivalente o, propiamente, indemnización mediante la cual aunque no se repone o reintegra en forma específica el bien dañado, se compensa o resarce el menoscabo patrimonial sufrido en razón del daño: Se tiende, de esta manera, a restablecer el equilibrio patrimonial en función del valor que representa el perjuicio".

Pues bien, el Convenio N° 158 de la OIT, no ratificado por el Perú, pero que indudablemente sirve de referencia por tratarse nada más ni nada menos que de un instrumento que nace del acuerdo entre representantes de los trabajadores, empleadores y de los representantes de los diversos Estados, establece que, si el órgano jurisdiccional llega "... a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada (arbitraria) y, si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el

pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada".

Adviértase que el Convenio de la Organización Internacional Trabajo permite que sea la legislación de cada Estado la que establezca el tipo de reparación contra el despido injustificado, dando por supuesto, como primera prioridad, la readmisión o reposición, pero, señala que si ella no es posible, debido a que la legislación opte por la indemnización u otra reparación, entonces para la OIT, estas reparaciones resultan una solución satisfactoria.

En el mismo sentido se pronuncia el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17 de noviembre de 1988, aprobado por Resolución Legislativa N° 26448, por lo que en consecuencia, forma parte de nuestra legislación nacional.

El artículo 6 de este Protocolo, se dedica a desarrollar el derecho al trabajo, estableciendo que "Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada".

A su vez, el artículo 7 que regula las "Condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo" determina que los Estados "garantizarán en sus legislaciones nacionales de manera particular: ... (d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el

empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional."

Se puede advertir con nitidez que si bien el Protocolo no sólo consagra el derecho al trabajo, sino que obliga a los Estados firmantes del Protocolo a garantizar en su legislación nacional el derecho a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, no es menos cierto que el propio Protocolo, reconociendo que tal derecho a la estabilidad puede ser violado a través de un despido injustificado o arbitrario, que volvemos a repetir son términos sinónimos, consagra, a diferencia del Convenio N° 158 de la OIT, como primera reparación frente a dicho tipo de despido, la indemnización, en segundo, lugar la readmisión en el empleo, y en tercer lugar, cualquier otro tipo de prestación.

Entonces, cuando el artículo 27 de la Constitución, en consonancia con el artículo 22 delega a la Ley otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario ("la Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"), lo único que está haciendo es decirle al legislador que a través de la Ley establezca cuál debe ser la reparación a que tiene derecho el trabajador en caso de un despido injustificado, arbitrario o ad nutum. Ese es el encargo constitucional.

El legislador peruano, teniendo precisamente en cuenta que el derecho al trabajo implica su mantenimiento en el puesto ya conseguido. Ha legislado para reparar la violación de ese derecho, y lo hace recogiendo lo establecido en el Convenio N° 158 de la OIT. En concordancia con el Protocolo de San Salvador.

En efecto, frente al despido nulo, es decir aquél que viola derechos fundamentales del trabajador, desarrollados en el

artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la reparación es la reposición, o reinstalación del trabajador, con derecho a todos los salarios caídos, salvo que éste, en ejecución de sentencia, opte por la reposición, en cuyo caso, además de los salarios caídos tendrá derecho a la indemnización que le hubiera correspondido como si se tratase de un despido injustificado o arbitrario.

El artículo 34 en su primer párrafo establece como premisa general que el despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad, no da lugar a pago de indemnización, y el artículo 22 que el motivo alegado para el despido debe ser probado por el empleador.

El segundo párrafo del artículo 34, en contraposición con el primero, que repetimos se refiere a las causas justas o fundadas para el cese, señala que si éste es arbitrario por no haberse expresado la causa justa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 como única reparación por el daño sufrido (hasta doce remuneraciones, a razón de un sueldo y medio por año).

Puede advertirse que lo que hace el segundo párrafo del artículo 34 no es otra cosa que sostener que si el despido del trabajador no se funda en una causa relacionada con su conducta o capacidad. Y si fundándose, no se prueba en juicio, entonces tal despido resulta arbitrario, es decir ad nutum, como consecuencia de no haberse expresado causa o, lo que desde nuestro punto de vista es igual, no poderse demostrar en juicio; en fin, se trata en genérico de un despido injustificado, violatorio del derecho al trabajo y que debe ser resarcido o reparado en la forma que la legislación lo establezca.

A este contenido, de lo que la legislación considera despido arbitrario, debe agregarse el despido de hecho (art. 45 del D.S. 001-96-TR). así como la violación al mandato del artículo 22 de dicho TUO que exige la existencia de causa justa contemplada en la Ley y debidamente comprobada para cesar un trabajador que haya superado el periodo de prueba (art. 31 del D.S. N° 001-96-TR).

En conclusión, el artículo 27 de la Constitución en perfecta concordancia con el artículo 22 y con lo establecido en el Protocolo de San Salvador que forma parte de nuestra legislación, del Convenio 158 de la OIT que igualmente la inspira, y de la legislación comparada, al delegar al legislador la facultad de otorgar adecuada protección contra el despido arbitrario, no hizo otra cosa que pedirle que legisle conforme a las opciones previstas no sólo en la doctrina sino, en los tratados internacionales de los que el Perú es partícipe. Y el legislador es precisamente lo que hizo al prever una situación mixta que, como ya hemos expresado, se traduce en otorgar reposición en el caso de despido nulo e indemnización en el supuesto de despido injustificado. La norma infralegal es pues perfectamente constitucional.

La regulación de la extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador es, claramente, el tema más polémico en nuestro sistema de relaciones laborales. La mayor o menor eficacia del ámbito de protección ante el despido ilícito, la tutela resarcitoria, que indemniza al trabajador, o la tutela restitutoria, que determina la reposición en el empleo, han sido aspectos cruciales de las relaciones laborales que han polarizado las posiciones de empleadores y trabajadores.

Sobre este último tema resulta de interés citar a Neves (1993, p. 2) cuando al comentar el proyecto de norma (art. 7 del Proyecto) que luego se transformaría en el artículo 27 de la Constitución de 1993, señala que "... El precepto. En rigor, en nuestra opinión prohíbe, en sí mismo, el despido arbitrario y remite a la Ley el establecimiento de un régimen de reparación que considere más adecuado. Esto significa, en primer lugar, que no estaría permitido un sistema de despido libre, en el cual bastaría la simple voluntad del empleador para poner fin a la relación laboral; y, en segundo lugar, que sería igualmente válida la adopción por la Ley de la estabilidad absoluta o de la relativa".

2.2.2.6. Despido AD NUTUM

Para Haro (2010, Perú, p.241) el despido libre o AD NUTUM, lo ubicamos en el despido legal, "porque no requiere expresión de causa, es decir el empleador está facultado para decidir libremente la extinción de la relación de trabajo en forma unilateral, se da específicamente dentro del periodo de prueba legal o convencional y no acarrea consecuencias indemnizatorias".

2.2.2.7. Despido Legal

De igual manera ubicamos aquí señala Haro (2010, Perú, p.241) "Al despido que resulta justificado y se realiza teniendo como base una causa justa prevista en la ley, la misma que debe estar debidamente comprobada. A su vez la causa justa puede estar relacionada con la capacidad y con la conducta del trabajador. Para que el empleador aplique adecuadamente este tipo de despido, debe observar las formalidades previstas en la Ley y cuyo detalle se señala más adelante. Este tipo de despido no da lugar al pago de indemnizaciones por despido, tan solo la compensación por tiempo de servicio".

2.2.2.8. Concepto de la Estabilidad Laboral

Afirma Concha (2014, p.11) “La estabilidad laboral es definida como el derecho que tiene un trabajador a conservar su puesto indefinidamente, siempre que no incurra en faltas previamente determinadas o que no acaezca en especialísimas circunstancias”.

También se define según Concha (2014, p.11) “como estabilidad laboral el derecho del trabajador a conservar su puesto durante toda la vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes que adquiriera el derecho de su jubilación, a no ser por causa taxativamente determinada”.

Según Pérez Rey (2004,p.22) , “la estabilidad en el trabajo o los trabajos constituye la versión más amplia y, a grandes rasgos, consiste en procurar al trabajador continuidad en su estatuto profesional más allá de los límites de una concreta empresa”.

Para Toyama (2005, p.501) “La estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo –el contrato típico de trabajo tiene vocación de permanencia y ello por el carácter protector del Derecho Laboral- ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral siendo una manifestación del principio de continuidad”.

2.2.2.9. Fundamentos Jurídicos de la Estabilidad Laboral

2.2.2.9.1 El Derecho al Trabajo

El artículo 22° de la Constitución Política de 1993 enuncia que “el trabajo en un deber y un derecho”.

Según De Buen (1981, p.80), el derecho al trabajo “se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para

privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo”.

Al respecto, Marcenaro (1995, p.45) señala que "lo primero a distinguir cuando hablamos del trabajo como un derecho, es diferenciar entre dos niveles, fases o estadios de éste; el derecho al trabajo, como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada, y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular".

En tal sentido, se considera el derecho al trabajo como la base de la estabilidad laboral, en razón, que este derecho tiene dos manifestaciones:

a) El Acceso al Empleo

El cual comprende señala Concha (2014, p.12), a su vez, dos supuestos dependiendo del sentido genérico o específico en el que se entienda el empleo:

- El Acceso al Empleo en Sentido Genérico

Para Concha (2014, p.12) “Está referido a las políticas económicas y sociales que debe adoptar el Estado para generar puestos de trabajo. Nos encontramos aquí ante un derecho de preceptividad diferida, puesto que requiere de desarrollo legal para que pueda tener exigibilidad”.

- El Acceso al Empleo en Sentido Específico

Afirma Concha (2014, p.12) “Viene a ser el derecho a ocupar un puesto cierto. Por ejemplo, esto se verificaría en caso de obtenerse el primer puesto en

un concurso para acceder a un empleo. Se trata de un derecho de preceptividad inmediata, ya que para su ejercicio no se necesita una reglamentación legislativa”.

b) La Conservación del Empleo

Sostiene Concha (2014, p.13) “La vulneración de este derecho puede provenir de cualquier extinción del vínculo laboral (como en el caso de la jubilación obligatoria, por ejemplo), y no sólo de las que derivasen de un despido injustificado, como señala el Tribunal Constitucional. Asimismo, se señala que este derecho tiene preceptividad inmediata, por lo cual cabe su defensa mediante la tutela del amparo, si se admite que en el caso peruano esta garantía no tiene carácter residual.

Es en esta segunda manifestación que se cimienta la estabilidad laboral, ya que el trabajador no puede ser despedido sino por causa justa.

Así, en la Constitución Política de 1979 se reguló el derecho al trabajo como un deber social. En la Constitución de 1993 se señala que “el trabajo es un deber y un derecho” (Art. 22°).

En el Protocolo de San Salvador se consagra el derecho al trabajo y la estabilidad laboral en los artículos 6° y 7°, respectivamente. Al respecto BLANCAS (1991, p.76) señala que: “El Protocolo de San Salvador no sólo consagra el derecho a la estabilidad laboral sino que, además, lo fundamenta en el derecho al trabajo, afirmando la proyección de este derecho no sólo en relación al acceso al empleo – como su versión más tradicional- sino, igualmente,

respecto a la conservación del mismo por quien tiene la condición de trabajador”.

Este Protocolo ha sido ratificado por el Perú, por lo que forma parte del derecho nacional y constituye fuente obligatoria para la interpretación de las normas constitucionales referentes al derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, según lo establecido en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución.

El Tribunal Constitucional se ha referido al derecho al trabajo como fundamento para invalidar el despido lesivo de derechos constitucionales y ordenar la reposición del trabajador a su centro de trabajo, señalando:

“(…) la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo a los derechos constitucionales antes señalados, trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo 22º de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad”.

En la sentencia del 11 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional refiriéndose al derecho al trabajo, señala que éste: “(…) implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte, y por otra, el derecho a no ser despedido, sino por causa justa”.

2.2.2.10. Clases de Estabilidad Laboral

La doctrina señala que la estabilidad laboral tiene dos manifestaciones, y se dividen en:

A) Estabilidad de Entrada

Concha (2014, p.16) “En los contratos de trabajo, hay estabilidad de entrada una vez superado el periodo de prueba (como regla es de tres meses, salvo en el caso de los Trabajadores de Confianza y de Dirección donde puede incrementarse hasta seis y doce meses, respectivamente)”.

Para Nava (2004, p.112) la estabilidad de entrada “consiste en la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, la que se traduce al admitir la celebración de contratos de duración determinada sólo cuando la naturaleza de la labor que el trabajador va a cumplir sea temporal”.

Refiriéndose a la Estabilidad de Entrada, Carrillo (2001,p.182) señala que: “Con la “estabilidad de entrada” se pone en evidencia la directa relación que existe entre la naturaleza de la labor a desempeñar y la duración del contrato a celebrar, según la cual, a labores permanentes le corresponden contratos de trabajo de duración indefinida, siendo la temporalidad la excepción, siempre y cuando el supuesto de hecho para recurrir a una modalidad de contrato temporal esté habilitado como causa objetiva por una ley y se cumplan los requisitos de forma por ella exigidos”.

B) Estabilidad de Salida

Según Concha (2014, p.17) “La estabilidad de salida conlleva la prohibición del despido injustificado, esto es, carente de una causa contemplada en la Ley y acreditada ante un organismo especial”.

El artículo 27° de la Constitución (“la Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”) manda al legislador a otorgar –a través de una Ley- la adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario, sin predeterminedar la o las modalidades de la protección ni las características que permitan calificar a ésta como adecuada. Con la reserva de Ley que impone el mencionado artículo, la eficacia de la reparación en los casos de despido queda subordinada a lo que disponga la Ley encargada de su regulación.

- Propia

Señala Concha (2014, p.17), Este tipo de estabilidad implica un efecto meramente declarativo, es decir se da “cuando se declara la nulidad del despido sin reposición efectiva. El trabajador demanda la nulidad del despido y el juez otorga la indemnización por el tiempo de duración del proceso y las remuneraciones devengadas más intereses. Sin embargo, no existe obligación del empleador de reponer al trabajador en su puesto. Hay entonces, reposición ficta pero no efectiva”.

- Impropia

Afirma Concha (2014, p.18) “Se da cuando la protección es la indemnización, y es el sistema que

actualmente se encuentra regulado en el Perú. Tiene su excepción en el despido nulo (estabilidad laboral absoluta).

En el Perú, el sistema que predomina como regla es la Estabilidad Relativa Impropia, constituyendo una excepción el caso del despido nulo (estabilidad absoluta) que solo se produce por causales expresas previstas en la Ley. Sin embargo, en los últimos años los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional, han ampliado los supuestos de reposición, y por ende los casos de estabilidad laboral absoluta, construyendo una tendencia a regresar a la estabilidad laboral absoluta, lo cual, más allá de tener el fin de proteger al trabajador, significaría retroceder a la década de los 80 en donde la legislación laboral era altamente rígida, y tenía efectos negativos en cuanto a la contratación de trabajadores, pues los costos laborales eran muy altos”.

2.3. Definición de términos básicos

a) Reposición:

Posición o colocación en el estado o puesto anterior, Reintegro del funcionario, empicado u obrero cesante, despedido o sujeto a expediente. Restitución de lo hurtado o usado sin permiso, y con la pretensión de que no se advierta la falta.

b) Indemnización

Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado; suma o cosa con que se indemniza. En general, reparación, Compensación, indemnización pagada al asalariado a quien se despide sin haber cometido falta grave cuando goza de cierta antigüedad en la empresa.

c) **Daño**

Comprende dos significados de distinta extensión: 1) en sentido amplio, hay daño cuando se lesiona cualquier derecho subjetivo; 2) en sentido estricto, la lesión debe recaer sobre ciertos derechos subjetivos, patrimoniales o extrapatrimoniales, cuyo menoscabo genera sanción patrimonial.

d) **Perjuicio**

Genéricamente, mal, Lesión moral, Daño en los intereses patrimoniales, Deterioro, Detrimento, Pérdida, En sentido técnico estricto, la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que ocasiona una acción u omisión ajena culpable o dolosa; a diferencia del daño.

e) **Despido Arbitrario**

Cuando no existe un motivo justificado, es decir, una causa prevista en la Ley que fundamente el despido. Por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización, como única reparación por el daño sufrido.

f) **Despido Incausado**

Es definido por el Tribunal como aquel que consiste en remover a un trabajador, sea de manera verbal o escrita, sin expresarle causa alguna derivada de su conducta o su labor que la justifique.

g) **Despido Ad Nutum**

Literalmente, “a voluntad”. La revocación “ad nutum” es la que puede pronunciar en cualquier momento la decisión soberana de una sola persona o del organismo habilitado para ello.

h) **Vía Ordinaria Laboral**

se encarga de regular y buscar solución a las controversias laborales, de forma individual o colectiva, que surgen en los procesos en materia de trabajo y seguridad social, que se dan entre empresas y trabajadores,

sobre los contratos de trabajo o respecto de las prestaciones de seguridad social.

i) Vía Proceso de Amparo

El recurso de amparo es un medio de impugnación extraordinaria y subsidiaria que cabe interponer ante el Tribunal Constitucional contra la última resolución definitiva emanada del poder judicial por haber vulnerado dicha resolución un derecho fundamental.

j) Proceso Abreviado Laboral

Por su naturaleza se desarrolla en un plazo más reducido que el proceso ordinario, Se elimina actos procesales innecesarios y la concentración de otros. Es más célere.

k) Proceso Ordinario Laboral

Es típico y básico para el desarrollo de las actuaciones procesales, es el más utilizado por la competencia en donde se ventilan todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos.

l) Residual

Esta modalidad supone que el amparo es defensor residual o en última ratio de los derechos constitucionales, ello lleva a afirmar que el amparo entrara a tutelar los derechos fundamentales cuando otros medios judiciales no logren conseguirlo.

m) Violación de Derechos Constitucionales

Acción de infringir una ley o norma denuncian a un estado por violación de los derechos constitucionales fundamentales de un estado soberano, las cuales suelen estar expresadas de forma escrita y fijan los límites y las relaciones entre los poderes del estado y entre estos y los ciudadanos.

CAPITULO III

PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1. Análisis de Tablas y Gráficos:

Se dan a conocer los resultados obtenidos mediante la aplicación de la encuesta, instrumento que fue aplicado a ocho profesionales del Derecho especialistas en materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Abogados & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015, y que fue diseñado en base a los objetivos, el problema e hipótesis en el proyecto de investigación.

De la investigación realizada y de acuerdo a los datos recogidos en la muestra tenemos los siguientes resultados que a continuación, se presentan en las tablas y gráficos:

TABLA Nº 1

¿Sabe usted lo que es el despido arbitrario?

VARIABLE	PREGUNTA Nº 1	%
SI	8	100
NO	0	0
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO Nº 1



De acuerdo a la tabla Nº 1 se observa que el 100 % de los profesionales del Derecho especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan conocer lo que es el despido arbitrario. Esto quiere decir que los profesionales del derecho, especialistas en materia laboral, conocen a plenitud en que consiste el despido arbitrario.

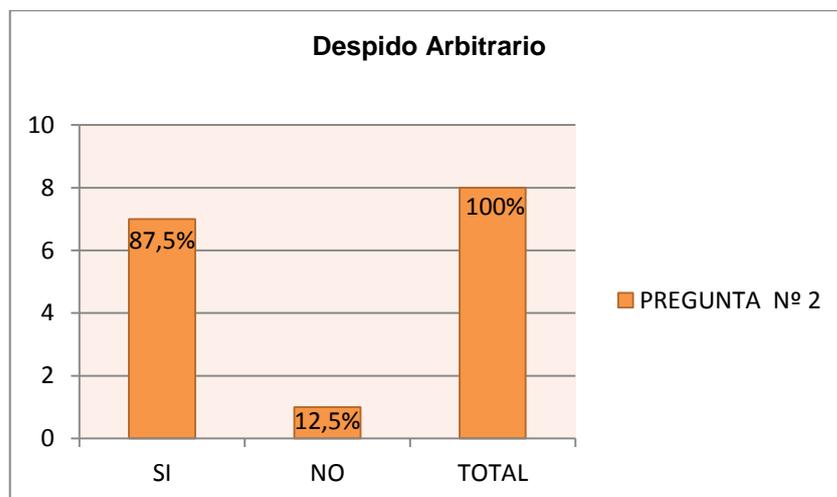
TABLA Nº 2

¿Considera que el despido arbitrario es: Terminar el contrato de trabajo unilateralmente; y, Daño o represalia que se le ocasiona al trabajador?

VARIABLE	PREGUNTA Nº 2	%
SI	7	87,5
NO	1	12,5
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO Nº 2



De acuerdo a la Tabla Nº 2 se observa que el 87,5% de los profesionales del Derecho especialistas en Materia Laboral, manifiestan que están de acuerdo en que el despido arbitrario es una forma de terminar el contrato de trabajo unilateralmente y Daño o represalia que se le ocasiona al trabajador; mientras que el 12,5% considera que el despido arbitrario no es una forma de terminar el contrato de trabajo unilateralmente y Daño o represalia que se le ocasiona al trabajador. Como vemos hay una diferencia significativa en los profesionales del derecho especialistas en materia laboral, que están de acuerdo y solo en una cifra insignificante considera que no.

TABLA Nº 3

¿Considera que la indemnización previstas en la LPCL, solucionan la situación económica y social de un trabajador despedido arbitrariamente?

VARIABLE	PREGUNTA Nº 3	%
SI	0	0
NO	8	100
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 3



De acuerdo a la Tabla N° 3 se advierte que el 100% de los profesionales del Derecho especialistas en Materia Laboral, contestan que la indemnización previstas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, específicamente en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, no solucionan la situación económica y social de un trabajador despedido arbitrariamente. Esto quiere decir que la Ley no soluciona en nada su situación Laboral.

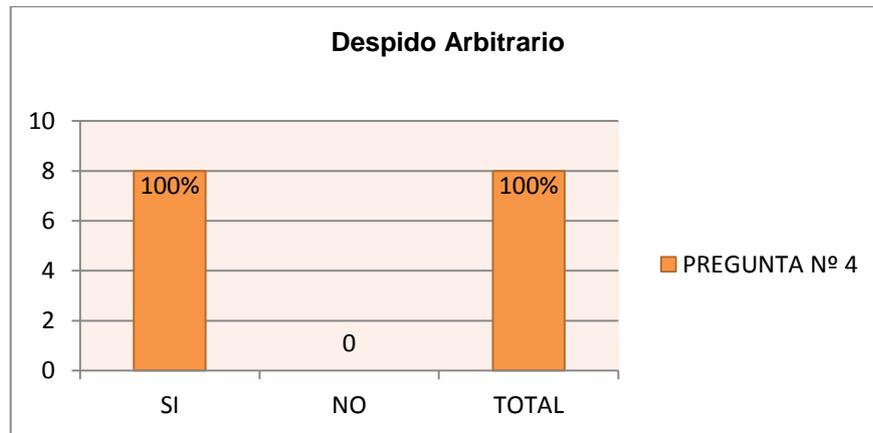
TABLA N° 4

¿Cree que la indemnización por despido arbitrario debe ser mejorada en nuestra LPCL?

VARIABLE	PREGUNTA N° 4	%
SI	8	100
NO	0	0
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO Nº 4



De acuerdo a la Tabla Nº 4 se advierte que el 100% de los profesionales del Derecho especialistas en Materia Laboral, consideran que las indemnizaciones por despido arbitrario debe ser mejoradas en nuestra Ley de productividad y competitividad laboral. Hay una total aseveración que la ley debe ser mejorada, pues de acuerdo a la actual Ley son perjudicados.

TABLA Nº 5

¿Considera que el despido arbitrario a un trabajador atenta contra el buen vivir y la estabilidad laboral?

VARIABLE	PREGUNTA Nº 5	%
SI	8	100
NO	0	0
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO Nº 5



De acuerdo a la Tabla Nº 5 se observa que el 100% de los profesionales del Derecho especialistas en Materia Laboral, contestan que el despido arbitrario a un trabajador atenta contra el buen vivir y la estabilidad laboral. Quiere decir que los trabajadores por aplicación de la Ley no tienen calidad de vida, y lo más grave, que no están bajo un régimen estable en su trabajo.

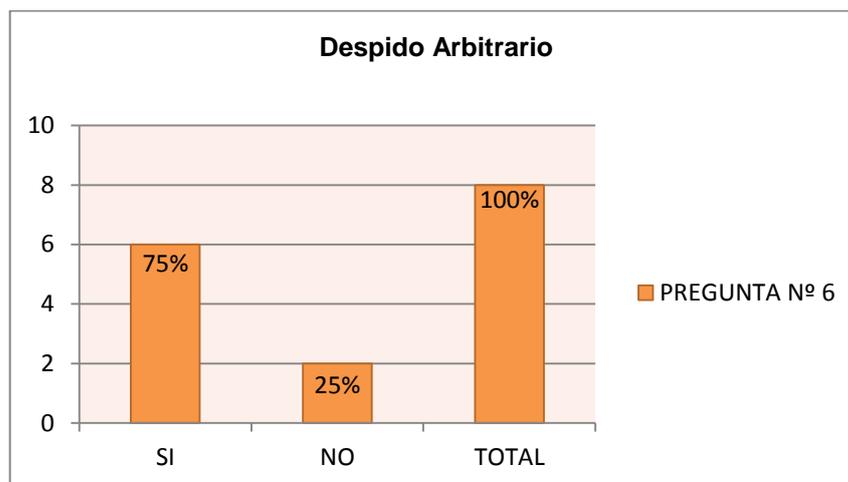
TABLA Nº 6

¿En caso de existir un despido incausado, como medio de reparación suficiente, sería una indemnización económica, en la vía ordinaria laboral, también debería proceder la reincorporación más una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, reformándose así el artículo 34 del D. S. Nº 003-97-TR LPCL?

VARIABLE	PREGUNTA Nº 6	%
SI	6	75
NO	2	25
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 6



De acuerdo a la Tabla N° 6 se advierte que el 75% de los profesionales del Derecho especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan que en el caso de existir un despido incausado en contra del trabajador, como medio de reparación suficiente, que debería tenerse en cuenta sería una indemnización económica del trabajador, en la vía ordinaria laboral, pero también debería proceder la reincorporación a su centro de labores, a elección del trabajador, como lo establece el I pleno Jurisprudencial, añadido una indemnización por los daños y perjuicios sufridos reformándose así el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR LPCL, mientras que el otro 25%, niega que en caso de existir un despido incausado en contra del trabajador, como medio de reparación suficiente, que debería tenerse en cuenta sería una indemnización económica del trabajador, en la vía ordinaria laboral, pero también, debería, proceder la reincorporación a su centro de labores, a elección del trabajador, como lo establece el I pleno Jurisprudencial, añadido una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, reformándose así el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR LPCL. Como podemos ver no solo se trata de la reposición sino que ha habido una sanción social que lo ha perjudicado y este aspecto debe ser repararse.

TABLA N° 7

¿Considera que es un derecho de la persona la estabilidad laboral en su sitio de trabajo?

VARIABLE	PREGUNTA N° 7	%
SI	8	100
NO	0	0
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 7



De acuerdo a la Tabla N° 7 se observa que el 100% de los profesionales del Derecho especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan estar de acuerdo en que es un derecho de las personas la estabilidad laboral en sus sitios de trabajo. De lo contrario se estaría vulnerando su derecho que le asiste, pues trabajo es sinónimo de vida.

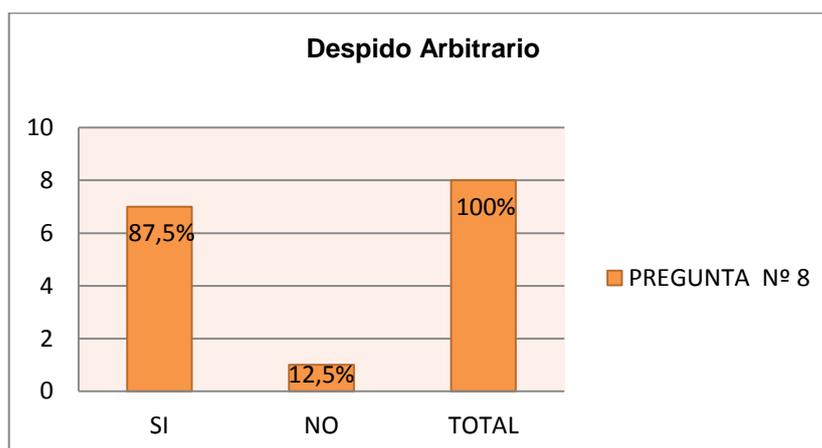
TABLA Nº 8

¿Apoyaría usted una reforma legal que asegure al trabajador despedido injustificadamente a que se reincorpore a su centro de trabajo y además que sea indemnizado por el daño y perjuicio sufrido?

VARIABLE	PREGUNTA Nº 8	%
SI	7	87,5
NO	1	12,5
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO Nº 8



De acuerdo a la Tabla Nº 8 se advierte que el 87,5% de los profesionales del Derecho especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan que si apoyarían una reforma legal que asegure al trabajador despedido injustificadamente a que se reincorpore a su centro de trabajo y además que sea indemnizado por el daño y perjuicio sufrido, y el 12,5% contesta que no apoyaría esta propuesta. Los profesionales idóneos de manera racional responden que debería darse esa reforma que perjudica a los trabajadores y en minoría considera que no, hecho que no es justo, pues es tiempo de hacer reformas de acuerdo a la realidad social.

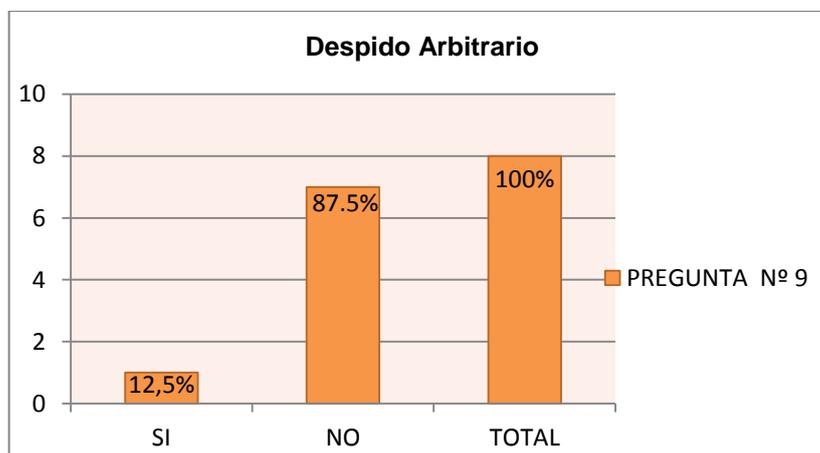
TABLA Nº 9

¿Considera que la constitución vigente es clara al determinar la adecuada protección ante un despido arbitrario?

VARIABLE	PREGUNTA Nº 9	%
SI	1	12,5
NO	7	87,5
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO Nº 9



De acuerdo a la Tabla Nº 9 se observa que el 12,5% de los profesionales del Derecho especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan que la constitución vigente es clara al determinar la adecuada protección ante un despido arbitrario, pero, el 87,5% no considera que la constitución vigente sea clara al determinar la adecuada protección ante un despido arbitrario.

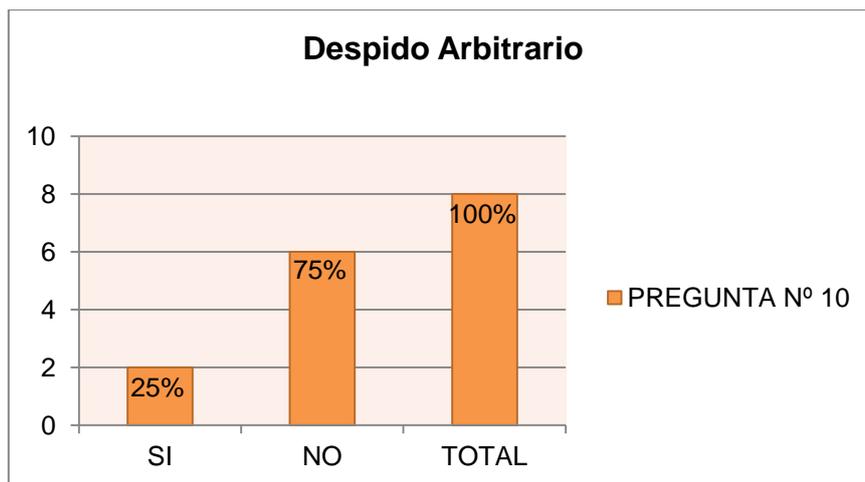
TABLA N° 10

¿Considera que el art.34 del D. S. N° 003-97-TR LPCL es inconstitucional?

VARIABLE	PREGUNTA N° 10	%
SI	2	25
NO	6	75
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 10



De acuerdo a la Tabla N° 10 se advierte que el 25% de los profesionales del Derecho especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan estar de acuerdo en que el art.34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR LPCL es inconstitucional, mientras que para el 75% el art.34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR LPCL es constitucional. Las respuestas permiten hacer un análisis del aspecto constitucional el mismo que es considerado de acuerdo a las respuestas en su mayoría como lo legal. Más no así con lo inconstitucional que es minoritario.

TABLA N° 11

Cree usted que “compensación económica” e “indemnización”, son sinónimos.

VARIABLE	PREGUNTA N° 11	%
SI	0	0
NO	8	100
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 11



De acuerdo a la Tabla N° 11 se observa que el 100% de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan que “compensación económica” e “indemnización”, no son términos sinónimos.

TABLA N° 12

¿Cree usted, que la sanción del legislador al empleador, en caso de un despido arbitrario, es suficiente para prevenir los despidos ilícitos?

VARIABLE	PREGUNTA N° 12	%
SI	0	0
NO	8	100
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 12



De acuerdo a la Tabla N° 12 se advierte que el 100% de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan que la sanción que ha dado el legislador al empleador, en caso de un despido arbitrario, no es suficientes para prevenir los despidos ilícitos que van en contra de Ley por no especificar la causa de la terminación del vínculo laboral, es decir, están de acuerdo con que la sanción al empleador sea más gravosa.

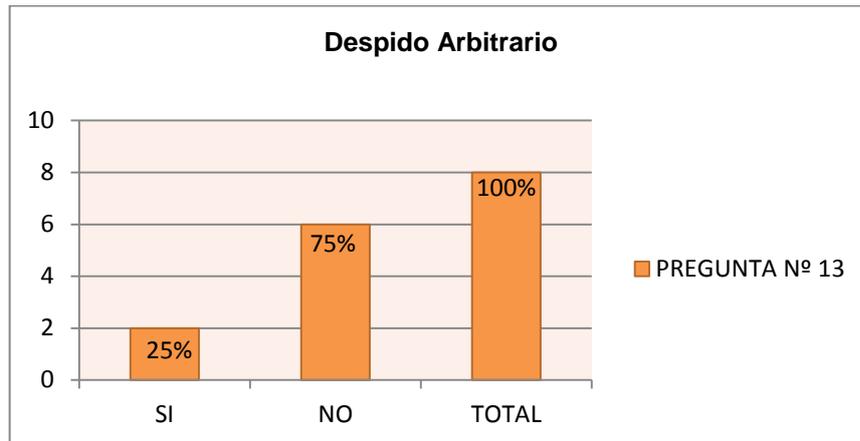
TABLA N° 13

El significado de “despido arbitrario”, “despido incausado” o “ad nutum”, es lo mismo.

VARIABLE	PREGUNTA N° 13	%
SI	2	25
NO	6	75
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 13



De acuerdo a la Tabla N° 13 se observa que el 25% de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan el significado de “despido arbitrario”, “despido incausado” o “ad nutum”, es lo mismo, mientras que para el 75% el significado de “despido arbitrario”, “despido incausado” o “ad nutum”, no es lo mismo.

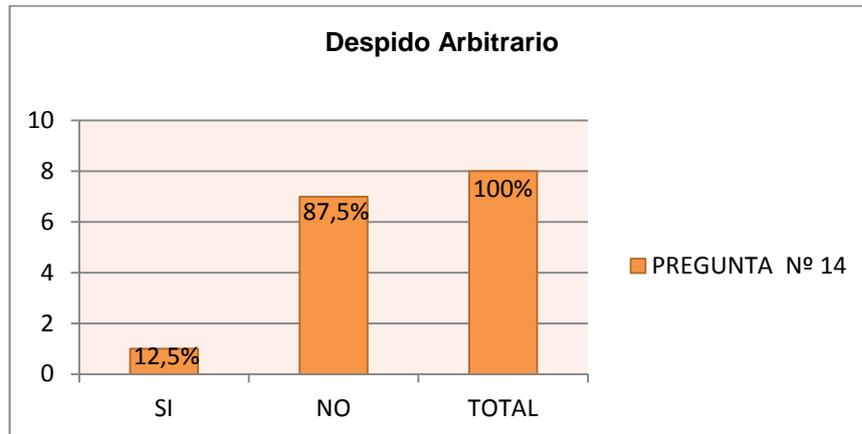
TABLA N° 14

El art.34 del D. S. N° 003-97-TR. ¿Otorga adecuada protección contra el despido arbitrario?

VARIABLE	PREGUNTA N° 14	%
SI	1	12,5
NO	7	87,5
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 14



De acuerdo a la Tabla N° 14 se advierte que el 12,5% de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan que el art.34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, si, otorga adecuada protección contra el despido arbitrario, pero, para el 87,5% el art.34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, no otorga adecuada protección contra el despido arbitrario. Esto quiere decir que los trabajadores despedidos en esta situación no tienen ningún amparo simplemente quedan sin trabajo.

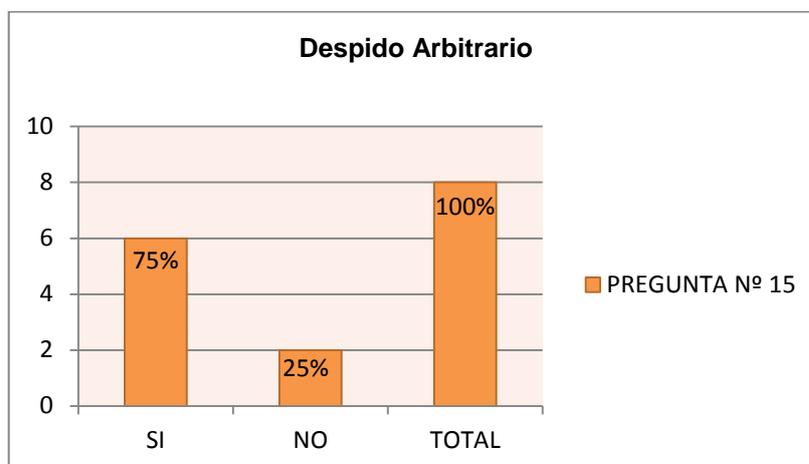
TABLA N° 15

¿Debe derogarse el segundo párrafo del art.34 del D. S. N° 003-97-TR, debido a que en el Año 2012 Se da el Primer Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, contradiciendo a dicho artículo de la LPCL, en donde como único medio de reparación en la vía ordinaria procedía la indemnización económica de demostrarse el despido arbitrario ?

VARIABLE	PREGUNTA N° 15	%
SI	6	75
NO	2	25
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 15



De acuerdo a la Tabla N° 15 se advierte que el 75% de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, manifiestan que debe derogarse el segundo párrafo del art.34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, debido a que en el Año 2012 ,Se da el Primer Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, contradiciendo a dicho artículo de la LPCL, en donde como único medio de reparación en la vía ordinaria procedía la indemnización económica de demostrarse el despido arbitrario, mientras que para el 25% no debe derogarse el segundo párrafo del art.34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

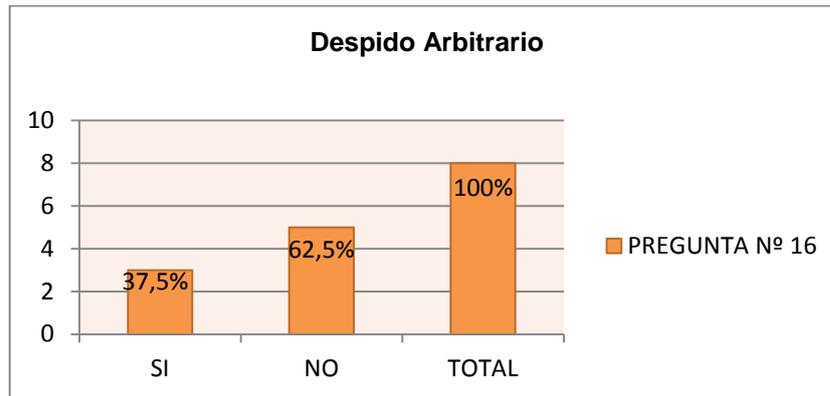
TABLA N° 16

¿La constitución Política del Perú protege al trabajador despedido sin causa justa?

VARIABLE	PREGUNTA N° 16	%
SI	3	37,5
NO	5	62,5
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 16



De acuerdo a la Tabla N° 16 se observa que el 37,5% de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, alegan que La constitución Política del Perú protege al trabajador despedido sin causa justa, mientras que el 62,5% asegura que La constitución Política del Perú no protege al trabajador despedido sin causa justa.

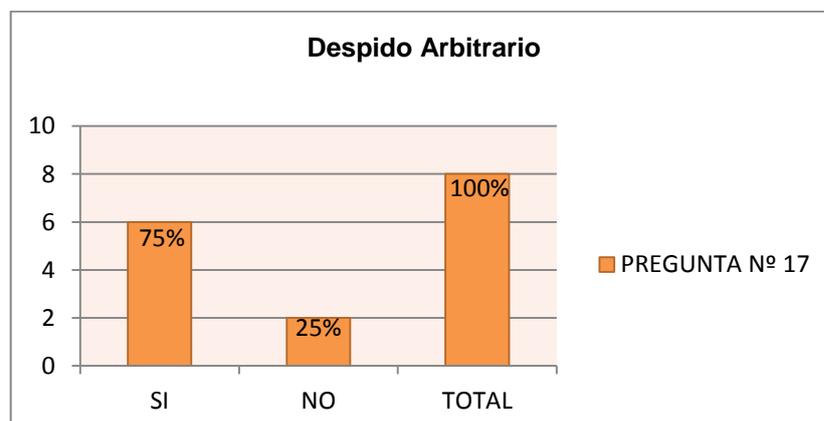
TABLA N° 17

El principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador-trabajador respecto a la determinación del empleador de extinguir el vínculo unilateralmente.

VARIABLE	PREGUNTA N° 17	%
SI	6	75
NO	2	25
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 17



De acuerdo a la Tabla N° 3 se advierte que el 75% de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, contestan que el principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador-trabajador respecto a la determinación del empleador de terminar el vínculo laboral unilateralmente, mientras que el 25% considera que el principio tuitivo no desaparece con la disparidad empleador-trabajador respecto a la determinación del empleador de terminar el vínculo laboral unilateralmente.

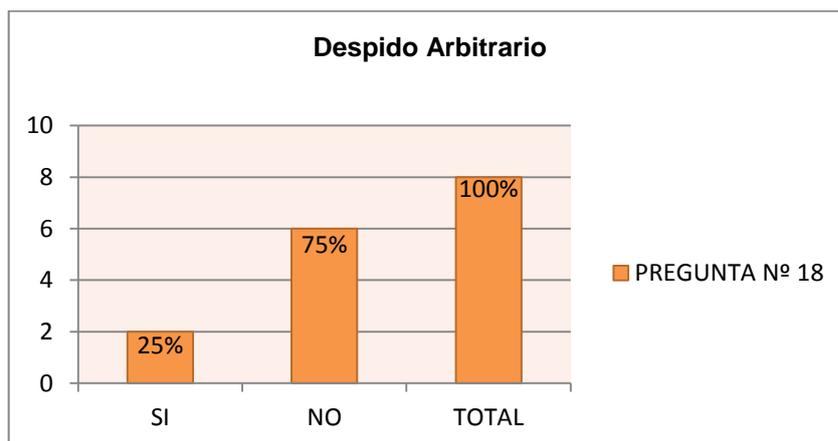
TABLA N° 18

Los tratados celebrados en materia laboral por el Perú, en vigor forman parte del derecho nacional y son suficientes al momento de proteger al trabajador.

VARIABLE	PREGUNTA N° 18	%
SI	2	25
NO	6	75
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 18



De acuerdo a la Tabla N° 18 se observa que el 25% de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, alegan que efectivamente los tratados celebrados en materia laboral por el estado Peruano, en vigor forman parte del derecho nacional y son suficientes al momento de

proteger a la parte más débil de la relación laboral, pero para el 75% los tratados celebrados en materia laboral por el estado Peruano, en vigor forman parte del derecho nacional y pero no son suficientes al momento de proteger a la parte más débil de la relación laboral.

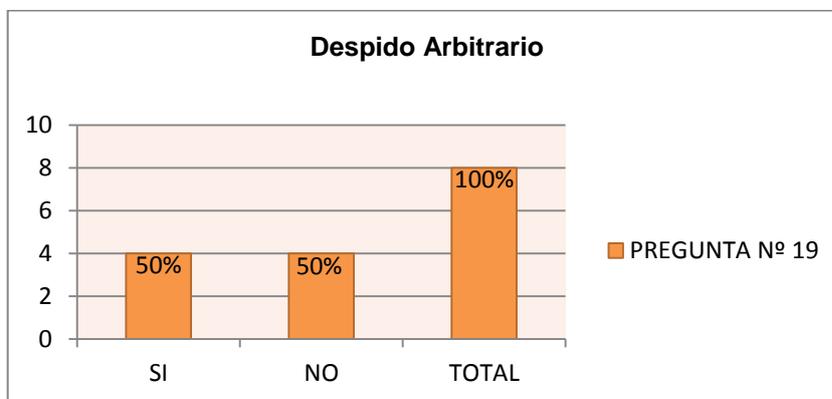
TABLA N° 19

¿La Vía del Proceso de Amparo debe tener un carácter Residual, de existir otras vías igualmente satisfactorias para restituir derechos laborales reconocidos por la constitución vigente?

VARIABLE	PREGUNTA N° 19	%
SI	4	50
NO	4	50
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 19



De acuerdo a la Tabla N° 19 se advierte que el 50% de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, sostienen que la Vía del Proceso de Amparo debe tener un carácter Residual, de existir otras vías igualmente satisfactorias para restituir derechos laborales reconocidos por la constitución vigente, mientras que el otro 50% alega que la Vía del Proceso de Amparo no debe tener un carácter Residual, así existan otras vías igualmente satisfactorias para restituir derechos laborales reconocidos por la constitución vigente.

TABLA N° 20

¿La Legislación en materia laboral, hasta la actualidad es suficiente y eficaz para proteger al trabajador?

VARIABLE	PREGUNTA N° 20	%
SI	0	0
NO	8	100
TOTAL	8	100

Fuente: Encuesta Aplicada a Los Profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Horna & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015. Elaboración propia.

GRAFICO N° 20



De acuerdo a la Tabla N° 20 se observa que el cien por ciento de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, alegan que la Legislación en materia laboral, hasta la actualidad no es suficiente y eficaz para proteger al trabajador.

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Se puede afirmar que hasta la actualidad siguen y seguirán existiendo despidos arbitrarios, pese a existir regulación para tal hecho jurídico, sin embargo los profesionales del derecho especialistas en materia laboral, sostienen que la Legislación en materia laboral , hasta la actualidad no es suficiente y eficaz para proteger al trabajador.

Por otro lado la Ley 26513-luego LPCL-consumó la tendencia desprotectora, esbozada en la LFE, al proceder a eliminar como medida reparadora del despido arbitrario la reposición, dejando como única reparación posible la indemnización por despido. Lo señala así el artículo 34 de la LPCL y el artículo 31 del R-TUOLFE (Aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, publicado el 26 de enero de 1996) (RTUOLFE), que señala que “es arbitrario el despido que se produce en contravención del artículo 55 de la Ley y se sanciona únicamente con la indemnización establecida en el artículo 71 de la misma.”

Por ello podemos afirmar que el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, LPCL., no otorga adecuada protección contra el despido arbitrario, tenemos una Ley que da el modelo de mínima protección. Considero que a partir de la entrada en vigor del primer pleno jurisdiccional en materia laboral, por el cual a decisión del trabajador este puede optar por pedir una medida reparadora de demostrarse el despido arbitrario, obteniendo así una indemnización por despido arbitrario, o la reposición a su centro de labores, en vía ordinaria laboral y en virtud a la Ley N° 26636 o la 29497, que estén vigente en las cortes superiores. El estudio realizado permite decir que hay una coincidencia con lo que en la realidad sucede pues la muestra trabajada considera el art.34 del citado Decreto Supremo no otorga adecuada protección contra el despido arbitrario.

Discrepo con el autor Blancas (2013 : 553), cuando afirma que al declararse fundada la demanda en la vía proceso de amparo el resultado es la reposición del trabajador en su empleo, ello es consecuencia inexorable de la eficacia restitutoria que corresponde por naturaleza, a los procesos constitucionales de

garantía, en general, cuya finalidad consiste en proteger los derechos constitucionales, lo cual se logra restituyendo o reponiendo al agraviado en el goce y ejercicio del derecho lesionado. A la vez el tribunal constitucional reconoce el derecho del trabajador despedido a reclamar el pago de las remuneraciones devengadas en la vía judicial laboral ya que considera que en vía de amparo no procede porque la remuneración constituía la contraprestación por el trabajo efectivamente realizado. Posteriormente revisa tan inconsistente posición y se aparta de ella. Pero de lo realizado en el trabajo de campo podemos contrastar que el 37,5% de los profesionales del Derecho Especialistas en Materia Laboral encuestados, alegan que La constitución Política del Perú protege al trabajador despedido sin causa justa, en tanto tenemos a su vez que La constitución Política del Perú no protege al trabajador despedido sin causa justa. Considero que al declararse fundada la demanda de despido arbitrario tanto en la vía ordinaria como la vía de proceso de amparo, no solo se deberá reponerse al trabajador en el puesto que venía desempeñando, sin afectar su categoría, mantener su remuneración, recibir el pago de las remuneraciones devengadas y el CTS, sino que además se le indemnice por los daños y perjuicios sufridos.

Señala Blancas (2013: 797) “Este sistema reparador fue mantenido, en sus rasgos básicos, por la Ley de Fomento del Empleo pero esta norma de acuerdo a su orientación desreguladora, introdujo (art.72) la posibilidad de que el juez pudiera sustituir, en la sentencia sobre la acción de reposición, esta medida reparadora por el pago de la indemnización por despido cuando la reposición “resultare inconveniente dadas las circunstancias”. De este modo, la Ley de Fomento del Empleo abrió, por vez primera desde la década de los setenta, la posibilidad de sustituir la tutela restitutoria por la tutela resarcitoria en materia de despido, por la voluntad ajena al trabajador, bien que dejando la decisión en manos del juez, lo que podía considerarse una garantía mínima.”

A continuación señalo : El trabajador al ser la parte más débil de la relación de trabajo merece más atención , y una adecuada protección ; y no la simple reposición a su centro de labores , ante un despido arbitrario , sino que el legislador debería de imponer una sanción más severa al empleador por ese ánimo perverso y doloso hacia su trabajador, por el tiempo perdido del trabajador en hacer reconocer sus derechos laborales y constitucionales , por el tiempo que estuvo desempleado, por el tiempo en el que tal vez no pudo encontrar una labor adecuada, por el daño moral a su persona; debe imponérsele al patrón , además la obligación de pagar a su trabajador una indemnización por daños y perjuicios sufridos, mi posición coincide con lo que sostiene Pla (1978 : 173), “La eficiencia de todas estas medidas restrictivas dependerá principalmente de su onerosidad : cuanto más gravosas sean las sanciones, menos despidos injustificados habrá (...)” Porque en mi muestra el cien por ciento de los Abogados Especialistas en Materia Laboral del Estudio Jurídico Quirós Abogados & Asociados S.R.L, Jesús María, Año 2015, encuestados creen que la sanción que ha dado el legislador al empleador, en caso de un despido arbitrario no es suficiente para prevenir los despidos ilícitos que van en contra de Ley por no especificar la causa de la terminación del vínculo laboral.

“Recordemos que bajo las leyes de estabilidad laboral (Los Decretos Leyes 18471 y 22126, y la Ley 24514), vigentes sucesivamente desde 1970, la medida reparadora frente al despido injustificado o incausado era la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, en las mismas condiciones desempeñadas, con derecho a los aumentos salariales y mejoras producidas y al reintegro de las remuneraciones dejadas de percibir desde el despido. El pago de una indemnización, como medida reparadora, era una alternativa que, según las diversas Leyes mencionadas, podía elegir el trabajador al impugnar judicialmente el despido o en ejecución de sentencia una vez declarada la invalidez de aquel”.

CONCLUSIONES

- Respecto a la reposición como medio de reparación el segundo párrafo del artículo 34º, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, no otorga al trabajador una adecuada protección ante un despido arbitrario, por el cual el empleador no ha podido demostrar la causa del despido en juicio o no ha expresado la causa del despido, y de manera dolosa ha terminado el vínculo laboral.
- En la vía ordinaria laboral el trabajador debería recibir una indemnización económica además de la reincorporación a su centro de labores, a elección del trabajador, hecho que en la realidad no sucede un trabajador despedido puede ser restituido pero no le asiste recibir todos los beneficios ,por indemnización de daños y perjuicios, hecho que lo afecto emotivamente, social y económicamente.
- El proceso de amparo será improcedente de existir otra vía igualmente satisfactoria, respecto a los procesos judiciales ordinarios, atribuyéndose así, a este proceso de garantía carácter residual.

RECOMENDACIONES

- Que en virtud al artículo 107 de la Constitución Política del Perú de 1993 , todo ciudadano tiene derecho a iniciativa en la formación de leyes , por tal motivo la comisión dictaminadora del congreso de la republica deberá revisar el proyecto de Ley o propuesta de Ley , que es un instrumento mediante el cual se ejerce el derecho de iniciativa legislativa y promueve el procedimiento legislativo, con la finalidad de alcanzar la modificatoria del artículo 34 del Decreto Supremo N° 003- 97- TR , por ser deficiente en la protección del trabajador contra el despido arbitrario.
- La sanción que debió aplicarse a los empleadores en caso de un despido arbitrario, debió haber sido más gravosa, La reparación en la vía ordinaria laboral debe ir más allá del simple hecho de dejar sin efecto un despido arbitrario, por ser ilícito, y reponer al trabajador en el puesto que venía desempeñando sino también de indemnizar al trabajador, despedido sin causa conforme a Ley, por el daño acarreado, ya que al ser la parte más débil de la relación laboral merece nuestro interés.
- En el proceso de amparo, el efecto jurídico que produce una sentencia estimatoria es “reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional”, declarándose nulo el acto reclamado, por consiguiente se repone al trabajador en el puesto que venía laborando, sin contar nuestro Tribunal Constitucional el trauma psicosocial generado en el entorno Familiar del trabajador.

FUENTES DE INFORMACIÓN

1. Alonso, M. (1981). Curso de Derecho del Trabajo, Séptima Edición, Editorial Ariel, Madrid.
2. Blancas, C. (2013). El Despido En el Derecho Laboral Peruano, Tercera Edición, Juristas Editores E.I.R.L. Lima-Perú.
3. CARRILLO, M. (2001) “*La Estabilidad de Entrada y de Salida como expresiones del Principio de Continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*”. En Revista Latinoamericana de Derecho Social, Num. 12. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/12/cmt/cmt7.pdf> (visitado el 01.04.12)
4. Código Procesal Constitucional, artículo 1, artículo 22, artículo 59, Publicado el 31 de mayo del 2004.
5. Concha, C. (2014), Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza, según el tribunal constitucional, tesis para optar el grado de Magister en derecho de la empresa con mención en gestión empresarial. Perú.
6. Constitución política del Perú (1993). Artículo 27; protección contra despido arbitrario.
7. De Buen, N. (1981).Derecho al Trabajo, Ts.I y II, 4TA.Edicion, Editorial Porrúa S.A., México.
8. De Cupis, A. (1975). El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil. Bosch, Barcelona.
9. De La Cueva, M. (1978), “El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo”,5ta Edición. Editorial Porrúa S.A., México.

10. Ferro, V. (2012), La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Derecho UPCP, Revista de la Facultad de Derecho N° 68. Perú.
11. Haro, J. (2010), Derecho Individual del Trabajo, Editorial San Marcos E.I.R.L., Primera edición, Perú.
12. Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, Publicado el 21 de junio de 1996.
13. Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, publicada el 15 de enero del 2010.
14. LLanos Eusebio. (2003). EXP.Nº. 976-2001-AA/TC, Lima.
15. MARCENARO, R. (1995) *El Trabajo en la Nueva Constitución*. Cultural Cuzco, S.A. Editores, Lima.
16. Morales, P. (2003). Derecho al Trabajo y Despido Arbitrario Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional, Profesor de la Universidad de Lima.
17. Monereo, J y Moreno, M. (1994), Forma y Procedimientos del despido disciplinario, en la reforma del estatuto de los trabajadores, Tomo II, Editorial Revista de derecho Privado, Madrid.
18. Montoya, A. (1987). Terminación del contrato de trabajo en el derecho Español, En AA.VV., La extinción de la relación Laboral, Editorial Aele, Lima.
19. Martín, A., Rodríguez-Sañudo, F., García, J. (1991). "Derecho del Trabajo", Editorial Tecnos S.A., Madrid.
20. NAVA, L. (2004) *El Despido Arbitrario. Efectos de las Resoluciones del Tribunal Constitucional*. García Calderón Industrias Gráficas S.A.C., Lima.

21. Neves, J. (1993). La Estabilidad y el Proyecto Constitucional. Revista Coyuntura Laboral N° 79.
22. PEREZ, J. (2004) *Estabilidad en el Empleo*. Editorial Trotta.
23. Palomeque, M., Álvarez, M. (2001). Derecho del Trabajo. 9na ed. Centro de Estudios Rarn6n Aceres, S.A. Madrid.
24. Pla, A. (1968) .Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires.
25. Pla, A. (1980). La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados, Informe al Congreso Mundial del Derecho del Trabajo, publicado en Análisis Laboral, Lima.
26. Protocolo de san Salvador (1988). Adoptado en San Salvador, en el decimoctavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General, artículo 7 incisos D; norma la indemnización o reposición por despido arbitrario.
27. Rubinzal, G. (1987). Diccionario de Derecho Social, Editores, Santa Fe, argentina.
28. RUSSOMANO, M. (1981), “La Estabilidad del Trabajador en la empresa”, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
29. Real Academia de la lengua Española (2001). Diccionario de la Real Academia de la lengua Española la Vigésima segunda edición, p .31.
30. Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú. S.A. Y FETRATEL (2002). EXP.Nº.1124-2001-AA/TC, Lima.

31. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, D.S. N° 003-97-TR; Ley de Productividad y Competitividad Laboral – LPCL, (1997).
32. TOYAMA, J. (2005) *Instituciones del Derecho Laboral*. 2da Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima.
33. VAN, B. (1989). “La tutela del trabajador contra el despido ilegítimo en el sector privado en centro América”. En “Principi per un código tipo di diritto del lavoro en América Latina”, congreso internaziobale, Roma.
34. Valderrama, L., Tovalino, F. (2014), Despido arbitrario, Nuevos criterios Jurisprudenciales sobre su calificación, Gaceta Jurídica S.A., Primera edición, Perú.
35. ZANONNI, Eduardo (1982). *El Daño en la Responsabilidad Civil*. Editorial Astrea. Buenos Aires.

ANEXOS

Anexo N° 1

1. Matriz de consistencia

TITULO: "La Reposición como Medio de Reparación, en Casos de Despido Arbitrario, Año2015".					
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPOTESIS GENERAL	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
¿EN QUÉ MEDIDA LA REPOSICION COMO MEDIO DE REPARACIÓN, ATENTA CONTRA EL DERECHO DEL TRABAJADOR DESPEDIDO ARBITRARIAMENTE? AÑO 2015.	IDENTIFICAR SI LA REPOSICION COMO MEDIO DE REPARACIÓN ATENTA CONTRA EL DERECHO DEL TRABAJADOR DESPEDIDO ARBITRARIAMENTE. AÑO 2015.	LA REPOSICIÓN COMO MEDIO DE REPARACIÓN ATENTA SIGNIFICATIVAMENTE CONTRA EL DERECHO DEL TRABAJADOR DESPEDIDO ARBITRARIAMENTE. AÑO 2015.	X= REPOSICIÓN	X.1= VIA ORDINARIA LABORAL	X.1.1= PROCESO ORDINARIO, PRETENSION PRINCIPAL; REPOSICION; SUBORDINADA; INDEMNIZACION POR DAÑO Y PERJUICIO. X.1.2=PROCESO ABREVIADO; REPOSICION, PRETENSION PRINCIPAL ÚNICA.
PROBLEMAS ESPECIFICOS	OBJETIVOS ESPECIFICOS	HIPOTESIS ESPECÍFICA		X.2=VIA PROCESO DE AMPARO	X.2.1= RESIDUAL X.2.2= VIOLACIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL
¿ES SUFICIENTE LA VIA ORDINARIA LABORAL PARA REPARAR EL DESPIDO ARBITRARIO AÑO 2015.	ANALIZAR SI LA VIA ORDINARIA LABORAL ES SUFICIENTE PARA REPARAR EL DESPIDO ARBITRARIO.AÑO 2015.	LA VIA ORDINARIA LABORAL SERA SUFICIENTE PARA REPARAR EL DESPIDO ARBITRARIO.AÑO 2015.	Y= DESPIDO ARBITRARIO	Y.1= DESPIDO INCAUSADO	Y.1.1= DESPIDO VERBAL O ESCRITO. Y.1.2= SIN EXPRESARLE CAUSA ALGUNA DERIVADA DE LA CONDUCTA O LABOR QUE LA JUSTIFIQUE.
¿ES SUFICIENTE LA VIA PROCESO DE AMPARO PARA REPARAR EL DESPIDO ARBITRARIO.AÑO 2015.	ANALIZAR SI LA VIA PROCESO DE AMPARO ES SUFICIENTE PARA REPARAR EL DESPIDO ARBITRARIO.AÑO 2015.	LA VIA PROCESO DE AMPARO SERA SUFICIENTE PARA REPARAR EL DESPIDO ARBITRARIO 2015.		Y.2= DESPIDO AD NUTUM	Y.2.1= DESPIDO LIBRE Y.2.2= DESPIDO LEGAL

Anexo N° 2



ENCUESTA QUE SERA APLICADA A PROFESIONALES DEL DERECHO ESPECIALISTAS EN MATERIA LABORAL DEL ESTUDIO JURÍDICO QUIRÓS ABOGADOS, JESÚS MARÍA, SOBRE LA ADECUADA PROTECCION DEL TRABAJADOR EN LA RELACION DE TRABAJO Y COMO MEDIO DE REPARACION DEL DESPIDO ARBITRARIO; PROCEDA LA REINCORPORACION E INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

De antemano se agradece su gentil participación en la presente investigación que se llevara a cabo en el Estudio Jurídico Quirós Abogados, ubicado Jr. Camilo Carrillo 225 OF.401, Jesús María-Lima-Perú.

CALIFICACION:

SI	NO
1	2

N°		
I. DATOS GENERALES		
NOMBRE Y APELLIDO		
ESPECIALIDAD:		
INSTITUCION DONDE LABORA:		
CAL:		
II. PREGUNTAS	si	NO
EN LA SIGUIENTE ENCUESTA MARQUE CON UN ASPA "X" EN EL VALOR DEL CASILLERO ,RESPONDE:		

1. ¿Sabe usted lo que es el despido Arbitrario?		
2. Considera que el despido arbitrario es: Una forma de terminar el contrato de trabajo unilateralmente y Daño o represalia que se le ocasiona al trabajador.		
3. ¿Considera que la indemnización previstas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, específicamente en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, solucionan la situación económica y social de un trabajador despedido arbitrariamente?		
4. ¿Cree que la indemnización por despido arbitrario debe ser mejorada en nuestra Ley de Productividad y Competitividad Laboral?		
5. ¿Considera que el despido arbitrario a un trabajador atenta contra el buen vivir y la estabilidad laboral?		
6. ¿Considera que en el caso de existir un despido incausado en contra del trabajador como medio de reparación suficiente que debería tenerse en cuenta sería una indemnización económica del trabajador en la vía ordinaria laboral, pero también debería proceder la reincorporación a su centro de labores como lo establece el I pleno Jurisprudencial añadido una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, reformándose así el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR LPCL?		
7. ¿Considera que es un derecho de la persona la estabilidad laboral en su sitio de trabajo?		
8. ¿Apoyaría usted una reforma legal que asegure al trabajador despedido injustificadamente a que se reincorpore a su centro de trabajo y además que sea indemnizado por el daño perjuicio sufrido?		
9. ¿considera que la constitución vigente es clara al determinar la adecuada protección ante un despido arbitrario?		
10. Usted, ¿Considera que el art.34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR LPCL es inconstitucional?		

11. Cree usted que “compensación económica” e “indemnización”, son sinónimos.		
12. ¿Cree usted, que la sanción que ha dado el legislador al empleador, en caso de un despido arbitrario, es suficientes para prevenir los despidos ilícitos que van en contra de Ley por no especificar la causa de la terminación del vínculo laboral?		
13. Considera que el significado de “despido arbitrario”, “despido incausado” o “ad nutum”, es lo mismo.		
14. Cree usted, que el art.34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR. ¿otorga adecuada protección contra el despido arbitrario?		
15. ¿debe derogarse el segundo párrafo del art.34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, debido a que en el Año 2012 Se da el Primer Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, contradiciendo a dicho artículo de la LPCL, en donde como único medio de reparación en la vía ordinaria procedía la indemnización económica de demostrarse el despido arbitrario ?		
16. ¿La constitución Política del Perú protege al trabajador despedido sin causa justa?		
17. El principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador-trabajador respecto a la determinación del empleador de terminar el vínculo laboral unilateralmente.		
18. Los tratados celebrado en materia laboral por el estado Peruano, en vigor forman parte del derecho nacional y son suficientes al momento de proteger a la parte más débil de la relación laboral.		
19. Considera usted, ¿Que la Vía del Proceso de Amparo debe tener un carácter Residual, de existir otras vías igualmente satisfactorias para restituir derechos laborales reconocidos por la constitución vigente?		
20. Cree usted, que la Legislación en materia laboral, hasta la actualidad es suficiente y eficaz para proteger al trabajador.		

Anexo N° 3

La ciudadana Karen Aparcana Valdivia, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, presenta, el siguiente:

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 34º DEL D.S.003-97-TR. LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL IMPONIENDO COMO MEDIO DE REPARACIÓN ANTE UN DESPIDO ARBITRARIO; LA INDEMNIZACIÓN O REINCORPORACIÓN DEL TRABAJADOR A SU CENTRO DE LABORES MAS INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS .

Artículo único.- Modifíquese la LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, CAPÍTULO V de los derechos del trabajador.

Modifíquese el segundo párrafo del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, por el texto siguiente:

Despido arbitrario o injustificado

“Artículo 34 LPCL.- Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa justa relacionada con su capacidad o conducta, o por no poderse demostrar está en juicio, a opción del trabajador, tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, o a la reincorporación a su centro de trabajo más una indemnización por daño y perjuicio, como medio de reparación por el daño sufrido”.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El objeto de la presente norma es modificar el segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR de la Ley De Productividad y Competitividad Laboral, a efectos de otorgar una adecuada protección al trabajador, brindándole la posibilidad de demandar el pago de indemnización o

reincorporación frente al despido arbitrario más una indemnización por daños y perjuicios.

El segundo párrafo del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece literalmente lo siguiente:

“si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización, establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido”.

La Constitución Política del Perú en su artículo 27, contempla que la “Ley debe otorgar al trabajador una adecuada protección ante un despido arbitrario”. Siendo el trabajador la parte más débil de la relación laboral, este artículo es general no específica la adecuada protección ante el despido injustificado. Sin embargo permite al empleador despedir arbitrariamente, sin causa que justifique la conducta del trabajador, por el cual el trabajador solo puede reclamar por el daño sufrido una indemnización, como único medio de reparación ante un despido arbitrario, contemplada en el artículo 38 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicio con un máximo de doce remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

En el caso Eusebio Llanos Huasco, EXP.Nº.976-2001-AA/TC, “Por la propia finalidad del amparo, el tipo de protección procesal contra el despido arbitrario no puede concluir, como en las acciones deducibles en la jurisdicción ordinaria, en ordenar el pago de una indemnización frente a la constatación de un despido arbitrario; sino en, como expresamente indica el artículo 1° de la Ley N°. 23506, "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”.

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

En líneas generales debemos decir que el despido se produce porque existe una situación de conflicto en la relación laboral, donde el trabajador deja de prestar sus servicios por decisión del empleador, esta decisión puede ser justificada si se han presentado las causales que configuran la extinción del contrato de trabajo, pero si la decisión del empleador es arbitraria nos encontramos ante un despido lesivo de derechos constitucionales. Es importante resaltar y señalar que para nuestro sistema legislativo laboral opta por reconocer al despido como un poder excepcional del empleador. Por otro lado el despido legal, aquel que el trabajador debe aceptar sin reclamo alguno, sólo será aquél que se base en una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, según lo señalado en el artículo 22° de la LPCL. Así mismo el artículo precedente señala que " la causa justa sólo puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. Entonces, el poder de despedir es legítimo sólo cuando hay causa justa. Coherente con esta opción, el «despido arbitrario» como su mismo nombre lo indica es un despido discrecional que ha de reputarse ilegítimo dentro del ordenamiento. Y tanto es así que éste debe ser indemnizado (artículo 34° LPCL).

Por lo expuesto , encontrándonos ante un despido lesivo de derechos constitucionales; debido a que el trabajo es un deber y un derecho ; es la base del bienestar social y es el medio de realización de la persona., y al solo proceder la indemnización como único medio de reparación ante el despido arbitrario , y a pesar de que la constitución establece que la Ley debe otorgar adecuada protección frente al despido arbitrario , a la parte débil de la relación laboral, por lo tanto en la jurisdicción ordinaria debe permitirse que dentro de los 30 días naturales de producido los hechos el trabajador reclame una indemnización o reincorporación a sus labores más una indemnización por el daño sufrido , sin la necesidad de tener que interponer un recurso de amparo en el tribunal constitucional como máximo intérprete de la constitución .

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto de Ley no contradice la constitución política del Perú; por el contrario se encuentra en armonía con el espíritu mismo de la legislación nacional. Asimismo, buscan superar los vacíos existentes en las regulaciones establecidas por las normas que las aprueban. En efecto, la propuesta modifica el segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, imponiendo como medio de reparación ante un despido arbitrario; la indemnización o reincorporación del trabajador a su centro de labores más una indemnización por daño y perjuicios.

ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa plantea una modificación lícita al segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR de La Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Por las consideraciones mencionadas, el análisis costo beneficio de este proyecto Ley es ampliamente positivo, ya que no genera ningún costo económico para el Estado Peruano , por el contrario el beneficio es intangible considerando que se cubre un vacío legal , ya que el segundo párrafo del artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-TR de La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no otorga adecuada protección al trabajador frente a un despido arbitrario , contraviniendo de esta manera a la constitución que establece que la Ley debe otorgar adecuada protección .por lo que los beneficiarios directos son los trabajadores que pertenezcan a entidades e instituciones privadas despedidos arbitrariamente.