



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y
EDUCACIÓN**



TÍTULO:

**“LA VIABILIDAD DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE
AMPARO COMO VÍA SATISFACTORIA A EFECTOS DE
LA RESTITUCIÓN DEL TRABAJADOR A SU CENTRO
DE TRABAJO FRENTE A LA LEY N° 29497”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADA

BACHILLER:

MIRIAM STEPHANIE LABRÍN CHÁVEZ

**CHICLAYO – PERÚ
2019**

**“LA VIABILIDAD DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO COMO
VÍA SATISFACTORIA A EFECTOS DE LA RESTITUCIÓN DEL
TRABAJADOR A SU CENTRO DE TRABAJO FRENTE A LA LEY N° 29497”**

**Tesis presentada por la Bachiller Srta. Miriam Stephanie Labrín Chávez, a
la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de
Chiclayo, para optar el TITULO DE ABOGADA.**

Bachiller: Miriam Stephanie Labrín Chávez

Asesor: Mg. Javier Díaz Díaz

Aprobado por:

Dr. César Augusto Núñez Sánchez
Presidente

Mg. Flor de María Chuzón Jiménez
Secretaria

Mg. Lito Becerra Angulo
Vocal

DEDICATORIA

La presente tesis se la dedico a mi Dios quién supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento.

A mi familia quienes por ellos soy lo que soy. Para mis abuelos y mi madre por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia y mi coraje para conseguir mis objetivos.

A Lyam, mi compañero de mi vida cotidiana y el integrante peludo de mi familia siendo el más querido.

AGRADECIMIENTO.

Agradezco a la vida, a mis abuelos y mi madre, por ser personas de gran sabiduría por esas ganas de transmitirme sus conocimientos, dedicación que los ha regido, por lo cual he logrado importantes objetivos y haber llegado al punto en que me encuentro.

Agradezco a mis maestros por ser lumbrera en esta senda del saber, por la formación impartida, por sus conocimientos vertidos y ser artífices, participes dentro de mi proyecto de mi vida.

TABLA DE CONTENIDO.

RESUMEN.....	08
ABSTRACT.....	08
INTRODUCCIÓN.....	09

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS.

I.	ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.....	12
1.1.	REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	12
1.2.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	18
1.3.	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	21
1.4.	JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.....	21
II.	OBJETIVOS.....	23
2.1.	OBJETIVOS GENERALES.....	23
2.2.	OBJETIVOS ESPECIFICOS.....	24
III.	HIPÓTESIS Y VARIABLE.....	24
3.1.	HIPOTESIS.....	24
3.2.	VARIABLE INDEPENDIENTE.....	25
3.3.	VARIABLE DEPENDIENTE.....	25
IV.	MARCO MEDOLÓGICO.....	25
4.1.	DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	25
4.2.	POBLACIÓN Y MUESTRA.....	28
4.3.	MATERIALES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	28
4.4.	MÉTODOS.....	28

CAPITULO II

LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ.

2.1.	ORIGEN DE LA ESTABILIDAD LABORAL.....	30
2.2.	LA ESTABILIDAD LABORAL.....	34

2.3.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA ESTABILIDAD LABORAL.....	37
2.3.1.	EL DERECHO AL TRABAJO.....	37
2.3.1.1.	ACCESO AL EMPLEO.....	40
2.3.1.2.	LA CONSERVACIÓN DEL EMPLEO.....	41
2.3.2.	EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD.....	42
2.4.	CLASES DE ESTABILIDAD LABORAL.....	43
2.4.1.	ESTABILIDAD DE ENTRADA.....	44
2.4.2.	ESTABILIDAD DE SALIDA.....	45
2.5.	LA ESTABILIDAD LABORAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.....	46

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DEL DESPIDO.

3.1.	EL DESPIDO.....	48
3.2.	CLASES DE DESPIDO.....	53
3.2.1.	DESPIDO NULO.....	53
3.2.2.	DESPIDO ARBITRARIO.....	54
3.2.2.1.	DESPIDO ARBITRARIO MODALIDAD INCAUSADO.....	55
3.2.2.2.	DESPIDO ARBITRARIO MODALIDAD FRAUDULENTO.....	58
3.2.3.	DESPIDO INDIRECTO O ACTOS DE HOSTILIDAD.....	60
3.2.3.1.	DESPIDO JUSTIFICADO O DESPIDO LEGAL.....	60
3.2.3.2.	LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO.....	62
3.2.3.3.	LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.....	63
3.3.	CLASES DE DESPIDO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL...	64

CAPITULO IV

LA ACCIÓN DE AMPARO COMO VÍA PROCESAL PARA LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO FRENTE A LEY N° 29497

4.1.	LA REPOSICIÓN EN LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO LEY N° 29497.....	65
------	--	----

4.2.	ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE AMPARO.....	66
4.2.1.	FINALIDAD DEL PROCESO DE AMPARO.....	66
4.2.2.	IMPROCEDENCIA.....	67
4.2.3.	AUSENCIA DE ETAPA PROBATORIA.....	67
4.2.4.	MEDIDAS CAUTELARES.....	67
4.2.5.	DERECHOS PROTEGIDOS EN EL PROCESO DE AMPARO.....	68
4.3.	EL PROCESO DE AMPARO Y LAS VÍAS PARALELAS.....	69
4.4.	SOBRE QUÉ DEBE ENTENDERSE POR VÍA PROCESAL IGUALMENTE SATISFACTORIA.....	72
4.5.	LA PROCEDENCIA DEL AMPARO EN CASO DE DESPIDO LESIVO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	75
4.6.	VIABILIDAD DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO COMO VÍA IDÓNEA A EFECTOS DE LA REPOSICIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE A LEY N° 29497.....	78
4.6.1.	PROPUESTA A EFECTOS DE LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO.....	86
4.6.1.1.	MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 2 del ART.5 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	86
4.6.1.2.	LINEAMIENTOS A SEGUIR EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN PARA LA ADMISIÓN DE LA ACCIÓN DE AMPARO.....	89
	CONCLUSIONES.....	124
	SUGERENCIAS.....	126
	BIBLIOGRAFIA.....	128
	ANEXOS.....	132
	ANEXO 1: EXPEDIENTE N° 1112-98-AA/TC	
	ANEXO 2: EXPEDIENTE N° 1124-2001-AA/TC	
	ANEXO 3: EXPEDIENTE N° 976-2001-AA/TC	
	ANEXO 4: EXPEDIENTE N° 5577-2015-PA/TC	
	ANEXO 5: EXPEDIENTE N° 02383-2013-PA/TC	

RESUMEN

Existe un gran dilema en cuanto si es viable o no el Proceso Constitucional de Amparo frente a la Nueva Ley Procesal de Trabajo Ley N° 29497, a efectos de la reposición del trabajador a su centro de trabajo, por lo que se busca con esto es retrotraer de forma media el derecho vulnerado, siendo este el derecho fundamental del trabajo, sin que este sea entorpecido por instancias procesales dilatorias que merman el derecho fundamental antes mencionado.

La presente tesis tiene por fin desarrollar la viabilidad del Proceso Constitucional de Amparo a efectos de la restitución de trabajador a su centro de labores, partiendo desde sus génesis, describiendo y analizando la estabilidad laboral en el Perú, los aspectos generales del despido, desmembrando las distintas teorías analizadas sobre las vías idóneas e igualmente satisfactorias y proponiendo la modificación del artículo 5, numeral 2) del Código Procesal Constitucional, afectos de salvaguardar el derecho fundamental del trabajo.

ABSTRACT

There is a great dilemma as to whether or not the Constitutional Process of Amparo is feasible against the New Procedural Labour Law Law N°29497, for the purpose of replacing the worker to his place of work, This means that the right violated must be averaged and the fundamental right to work must not be hindered by delaying procedures which undermine the aforementioned fundamental right.

The purpose of this thesis is to develop the feasibility of the Constitutional Process of Amparo for the purpose of the restitution of workers to their work centre, starting from their genesis, describing and analysing labor stability in Peru, the general aspects of dismissal, dismembering the different theories analysed on suitable and equally satisfactory routes and proposing the amendment of article 5, paragraph 2) of the Code of Constitutional Procedure, the fundamental right to work.

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de nuevas figuras o de un cambio institucional producto de la acción humana en conjunto de nuevas manifestaciones sociales normativas, las instituciones incluyen todo tipo de limitación que los humanos crean para dar forma a la interacción de los mismos, como es de mención por Douglass G.North¹ *Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico.*

El presente trabajo de investigación tiene por fin desglosar, describir y analizar la viabilidad del proceso constitucional de amparo como vía satisfactoria a efectos de la restitución del trabajador a su centro de trabajo frente a la Ley N° 29497 dentro de nuestro ordenamiento jurídico contemporáneo.

La controversia de la presente tesis versa en cuanto si es viables la reposición de un trabajador a su centro de trabajo mediante el proceso constitucional de amparo teniendo en consideración que dicha reposición también sería factible por la Ley Procesal de Trabajo Ley N° 29497, por lo que nos encontraríamos ante dos vías idóneas y supuestamente igualmente satisfactorias a efectos de la reposición del trabajador.

La vigente Constitución peruana de 1993 contempla, en el numeral 2 de su artículo 200, dentro de las “Garantías Constitucionales”, a la acción de amparo, *“Que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución”*, con excepción de los protegidos por las acciones de hábeas corpus (libertad y seguridad personales, y derechos

¹ G.NORTH Douglass. (1993). "Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico". México: Fondo Cultura Económica.

conexos) y de hábeas data (acceso a información pública y protección de la intimidad de datos personales). Agrega la citada norma constitucional que el amparo no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

El fin de la presente tesis, no es desacreditar el debido proceso laboral que se encuentra vigente en algunos distritos judiciales del país y el progreso con la reforma de los procesos laborales actualmente, como es la Nueva Ley Procesal de Trabajo - NLPT (Ley N° 29497); lo que se busca es proteger a la parte trabajadora de un despido sin causa, que no ha sido probada por el empleador y habiéndose agotado todas las vías para la reposición en sede administrativa, sea mediante el Proceso Constitucional de Amparo se restituya al trabajador en el menor tiempo posible, siempre y cuando se haya acreditado fehacientemente el vínculo laboral y la vulneración del derecho constitucional del trabajo.

Por su parte el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia recaída en el Expediente N° 05577-2015-PA/TC, publicada en su portal web el 21 de febrero de 2019. En dicha sentencia se declaró fundada una demanda de amparo por haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo.²

Al llegar el caso ante el Tribunal Constitucional, el colegiado advirtió que, en efecto, al momento de la interposición de la demanda se encontraba vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497. Es decir, el demandante podía recurrir al proceso laboral abreviado ya que este es una vía igualmente satisfactoria. No obstante, el TC tuvo a bien tomar en cuenta ciertas consideraciones especiales del trabajador para determinar si, efectivamente, dicho proceso el correcto o era el amparo la vía realmente idónea para tutelar su pretensión.

Igualmente, el TC señaló que "desde una perspectiva objetiva, el proceso de amparo es la vía idónea para los supuestos de vulneración de derechos laborales en los casos de obreros municipales y similares. Ello es así por la

² Revista electrónica "LA LEY" (2019). "¿Podría ser el amparo la vía idónea pese a estar vigente la nueva Ley Procesal del Trabajo?". Lima: Perú. Rescatado el (04/02/2019) en: <https://laley.pe/art/7359/podria-ser-el-amparo-la-via-idonea-pese-a-estar-vigente-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo>.

naturaleza breve del mencionado proceso, pues contiene etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carece de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características propias de todo proceso constitucional que se precie de serlo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo”.

De otro lado, analizando la perspectiva subjetiva de un vía igualmente satisfactoria, el TC argumentó que “desde la perspectiva subjetiva, estos trabajadores se encuentran en una manifiesta situación de vulnerabilidad y pobreza, tomando en cuenta que se encuentran expuestos a una precariedad institucional, más aún si tomamos en consideración, contrataciones fraudulentas que buscan desconocer sus derechos laborales y la adecuada protección contra el despido arbitrario que les asiste. Ello se demuestra, en el presente caso, con la remuneración de mil soles mensuales que percibía el recurrente”.

Sobre la base de dichas consideraciones, el TC sostuvo que si bien la Nueva Ley Procesal del Trabajo estaba vigente al momento de interponerse la demanda de amparo, en este caso el amparo resultaba la vía idónea para tutelar los derechos del trabajador. Por ello, el colegiado declaró fundada la demanda de amparo al haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo y, en consecuencia, ordenó a la Municipalidad Provincial de Huánuco que reponga al demandante como trabajador a plazo indeterminado en el cargo que venía desempeñando o en otro de igual o similar categoría o nivel, en el plazo de dos días.

Por lo que el proceso de amparo es una vía idónea para tutelar los derechos laborales, pese a estar vigente la Nueva Ley Procesal del Trabajo al momento de interponerse la demanda por lo que para consolidar dicha viabilidad resulta necesaria la modificación el numeral 2) del artículo 5, del Código Procesal Constitucional, en la cual establece las causales de improcedencia para interponer garantías constitucionales, siendo estos considerandos materia de desarrollo en la presente tesis.

CAPÍTULO I
ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO Y CONSIDERACIONES
METODOLÓGICAS.

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

La preferencia por el contrato de trabajo por tiempo indeterminado se complementa tradicionalmente en la legislación con limitaciones al empleador para ponerle fin, orientadas por el principio de estabilidad en el empleo, el cual tiene carácter constitucional en la generalidad de los países de la región³. Este principio se traduce, en concreto, en la protección del trabajador frente al despido arbitrario o injustificado o, en todo caso, sin que medie culpa suya. Este es el sentido del Convenio N° 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo que exige alegación de causa justificada (relacionada con la conducta o capacidad de los trabajadores o con las necesidades de la empresa) para proceder al despido, estableciendo requisitos de plazo, forma y procedimientos para su validez.

¿Es elevado el costo de despido injustificado?

Los despidos calificados como injustificados son los más onerosos, ya que comportan indemnizaciones significativamente superiores. En la práctica, sin embargo, según las estadísticas, son poco frecuentes.

Las cifras existentes, si bien no son concluyentes, parecen, sin embargo, indicar de forma clara que el despido por voluntad del

³ A título de ejemplo, 13 textos de un total de 20 países lo reconocen: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

empleador no es en la práctica el origen endémico del desempleo y que su costo tampoco es de forma objetiva (el efecto subjetivo es difícil de valorar) la causa que limita, en cifras globales, las posibles nuevas contrataciones. De hecho, desde la opinión de los analistas, la estabilidad en el empleo impulsa la productividad y no obstaculiza el mercado sino, más bien, favorece su verdadero ajuste estructural. La estabilidad y la flexibilidad son inter dependientes⁴.

En realidad, como señala el informe de la OIT "El empleo en el mundo 1995"⁵, la Reglamentación del mercado de trabajo comporta ventajas económicas, por lo que la flexibilidad económica puede depender de forma decisiva de la existencia de una reglamentación más o menos extensa del mercado de trabajo.

La discusión de los temas ligados a la terminación de la relación de trabajo se circunscribe, en general, al despido - extinción del contrato por voluntad del empleador, por cuanto la cesación por mutuo consentimiento, por voluntad del trabajador o por cumplimiento del término, no plantean problemas específicos al no generar costos adicionales para la empresa⁶.

El debate se centra, por lo tanto, en las causales de despido, la duración del preaviso y su posible sustitución por una compensación económica, la indemnización debida por el empleador al finalizar el contrato y, en menor grado, en la figura de la reinstalación o reintegro⁷, que tiene una incidencia más limitada. Las reformas nacionales referidas a estos aspectos plantean un cambio en la institución del despido.

⁴ OIT. Creating economic opportunities, Ginebra, 1994, pags. 87-116.

⁵ Op. Cit., pag.194

⁶ A lo más, se prevé el pago de la cesantía o de fondos acumulados en el transcurso de la relación de trabajo con este fin (p. ej. Brasil, Colombia)

⁷ El reintegro existe en Cuba, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela, aunque sometido a condiciones tales como un año de trabajo mínimo en México, un número mínimo de trabajadores en la empresa en Venezuela, etc.

Es importante señalar que, según el BID⁸, cuando se comparan países se observa que la protección de la estabilidad en el empleo está inversamente relacionada con el nivel de ingresos. Parece que los países más pobres compensan la falta de mercados de seguros o sistemas especiales de seguros de desempleo con disposiciones obligatorias para proteger la estabilidad. El mismo estudio avanza que no existen muchos indicios de que las normas relativas a la protección de la estabilidad tengan efectos nocivos sobre el funcionamiento de los mercados.

Brasil fue el primer país en desreglamentar y flexibilizar el despido, desde 1966⁹, aunque luego esa flexibilidad fue mitigada por la Constitución de 1988, la cual estableció que, mientras no se reglamentaran los principios del Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio, el trabajador despedido injustificadamente tenía derecho, además de a las cantidades depositadas en el FGTS, a una indemnización equivalente al 40% de los fondos acumulados y a un preaviso de 30 días a cargo del empleador. Más recientemente, la Ley N° 10218 ha modificado la estructura del preaviso, integrando las horas extras habituales, así como aclarando alguno de los beneficios que se consideran como base al cálculo.

Posteriormente, varias reformas han optado por la creación de fondos de cesantía que aligeren la obligación de indemnizar (Colombia) y la introducción de causales económicas y estructurales que permiten despidos por causas objetivos (Chile,

⁸ Op. Cit. “Más y mejores empleos”, pag. 238.

⁹ En efecto, la Ley N° 5.105 creó el Fondo de Garantía por Tiempo de Servicios, limitó la prohibición absoluta de despido no justificado establecida en la Consolidación de las Leyes de Trabajo y permitió a los trabajadores optar por el régimen de estabilidad absoluta o por el nuevo sistema de FGTS. Que no requería ni preaviso, ni indemnización. En la práctica, los empleadores no contrataban a aquellos trabajadores que no optaran por el Fondo, lo que generó en la realidad la extinción del antiguo sistema.

Perú), con menores requerimientos procedimentales e indemnizaciones inferiores¹⁰.

En Perú, se agregaron desde 1991 nuevas causales de despido¹¹, incluyendo la terminación de la relación de trabajo por causa objetiva¹², para la cual se prevé un régimen simplificado de compensación por tiempo de servicios, con un preaviso de 30 días, que podrá sustituirse por la indemnización compensatoria. Además, la extinción de los contratos de trabajo por motivos económicos sólo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al 10% del total del personal de la empresa y se rige por un procedimiento especial, el cual ya no procede en casos de liquidación, disolución o quiebra de la empresa¹³ (Ley de CTS) En caso de despido arbitrario -sin causa justificada, el trabajador tiene derecho a una indemnización equivalente a una remuneración ordinaria mensual por cada año de servicio, con un máximo de 12¹⁴. Si se trata de despido nulo (sin fundamento) se prevé el reintegro, salvo que en ejecución de la sentencia el trabajador opte por la indemnización.

En los casos de hostilidad contra el trabajador, éste podrá optar por accionar para que cese la hostilidad o por la terminación del contrato, en cuyo caso demandará el pago de la indemnización. El juez, en cambio, no puede disponer la reincorporación del trabajador.

¹⁰ Se ha modificado el régimen de indemnización en Colombia, Ecuador, Argentina, Venezuela, Perú, Chile, Guatemala, Nicaragua, Panamá y El Salvador.

¹¹ La LFE introduce la jubilación del trabajador a los 70 años, salvo pacto en contrario, o en los casos en que, teniendo derecho el trabajador, el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última pensión ordinaria percibida por el trabajador, y que no podrá exceder del 100% de la pensión y reajustarla periódicamente en la misma proporción que se reajuste la pensión.

¹² Básicamente, se ha simplificado el procedimiento de cese colectivo de trabajadores, abreviando los plazos y compatibilizando la normativa con la referente a reestructuración empresarial.

¹³ Decreto Legislativo N° 650.

¹⁴ En la disposición de la LFE ha sido modificada en dos oportunidades (primero, reduciendo de nuevo la cantidad y después, reponiéndola en la primera) por los Decretos Legislativos N° 885 del 4.10.96 y 871 del 1.11.96, respectivamente.

En Argentina, desde 1990, varias leyes facilitaron el despido y simplificaron el procedimiento. Así, por ejemplo, en situaciones de crisis por razones tecnológicas y económicas se prevé la resolución automática de los contratos individuales y del convenio colectivo. Basándose en el "Acta de coincidencias", firmada en mayo de 1997¹⁵, la reforma de 1998 previó a cambio de una nueva política de contratación una modificación del monto de las indemnizaciones en caso de despido. Dicho monto (gradual en función de la antigüedad) es, en general, inferior al previsto en el régimen anterior, salvo en caso del despido por falta y disminución en el trabajo, si el trabajador tiene más de dos años de antigüedad. Por su parte la Ley N° 25323 de septiembre de 2000 prevé el aumento de las indemnizaciones (al doble) cuando la relación laboral de que se trate no esté registrada o lo esté de modo deficiente. En este sentido, la ley abre una amnistía laboral de 30 días para el oportuno registro. Además, en caso de falta del abono debido y si hay proceso judicial, la indemnización se incrementará en un 50%. La reforma más reciente de la Ley N° 25887 en 2004 da una mayor flexibilidad al preaviso, según quién termine la relación y siempre que no exista un preaviso mayor en el contrato o el convenio colectivo. Asimismo, la ley precisa ciertos supuestos del procedimiento de despido.

En 1990, en Venezuela se decidió eliminar la "estabilidad numérica", destinada a mantener los niveles de empleo¹⁶, aumentar la duración del preaviso para los trabajadores con más de cinco años en la empresa y restringir el derecho al reintegro en caso de despido injustificado sólo frente a empleadores que ocuparan diez o más trabajadores. Luego, en 1997, hubo un cambio importante de las prestaciones e indemnizaciones por fin

¹⁵ El acta preveía la rectificación del sistema a través de un nuevo contrato de trabajo de carácter temporal a medio plazo con una indemnización de monto reducido, y otro contrato basado en una indemnización constituida por una cuenta de capitalización individual.

¹⁶ El empleador que despedía injustificadamente a un trabajador debía contratar uno nuevo en el mismo puesto y con el mismo salario.

de contrato, considerado más flexible, que modificó el cálculo de la prestación por "antigüedad" y mejoró su monto, pero eliminó la obligación de recalcular las prestaciones acumuladas año tras año en función del último salario¹⁷, fijó un tope a la indemnización por despido injustificado, y amplió los componentes del salario en base al cual se hacen ambos pagos.

En Colombia fue modificado el régimen de la llamada cesantía, cuyo monto sólo se podía calcular al final de la relación de trabajo¹⁸. La ley creó un sistema de depósitos anuales de la cesantía en cuentas de capitalización individual que son administradas desde 1993 por fondos de cesantías y pensiones, lo que evita al empleador el pago de la misma al momento de la extinción del contrato de trabajo y garantiza, en principio, al trabajador el cobro de las cantidades debidas, inclusive en caso de insolvencia del primero. Las sumas depositadas a título de cesantía no se benefician del reajuste automático consecutivo a los reajustes de salario, pero sí de la capitalización de la cuenta. Asimismo, se suprimió el reintegro forzoso de trabajadores con diez años de antigüedad, en caso de despido injustificado, aunque se aumentaron en contrapartida las indemnizaciones por ese concepto. Igualmente, se estableció un procedimiento para controlar las suspensiones y despidos colectivos por motivos económicos.

En Chile se había instituido, en 1978, la figura del desahucio; es decir, el despido sin causa, con preaviso e indemnización equivalente a un mes de sueldo por año de servicios con un tope de seis. En 1990 se volvió a establecer la necesidad de una causa

¹⁷ La prestación de antigüedad, que se genera anualmente para todo trabajador, era 30 días de salario por un año y paso ser 45 días por el primer año trabajando y de 60 por cada uno de los posteriores. La indemnización por despido injustificado sigue siendo 30 días por año, pero ahora tiene un tope de 150 días de salario. Para la indemnización que debe pagarse cuando se omite el preaviso, la base de cálculo no excederá de diez salarios mínimos.

¹⁸ Provocando, además, que empresas con personal más antiguo debieran pagar más que aquellas que despedían frecuentemente.

para poder despedir, aunque manteniendo que en ausencia de causa o si ésta no se prueba, el despido sigue siendo válido. También se aumentaron las indemnizaciones (se aumentó el tope a 11 meses) y se introdujo, asimismo, un nuevo hecho causal basado en "las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones de mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador." ¹⁹

En Ecuador, las indemnizaciones debidas en caso de despido intempestivo fueron aumentadas en 1991, pues hasta entonces eran muy moderadas. Con el aumento se pasó a una indemnización mínima de 3 meses y, por desahucio (despido con preaviso), una semana de salario por año de servicio. En la reforma de las leyes "trolebus" (declarada inconstitucional en algunos de sus artículos en octubre de 2000) se propuso rebajar el costo de las indemnizaciones por año de servicios en caso de despido intempestivo cuando se tratara de trabajadores que perciben más de US\$ 500 mensuales de remuneración. Así, al comparar la nueva disposición propuesta se observaba que el costo de despido se reducía en forma proporcional a la antigüedad del trabajador en cada tramo, y que estas reducciones eran mayores cuando un trabajador transitaba a un tramo de antigüedad mayor en que el monto de indemnizaciones se reducía a un 20%. En tales circunstancias resultaba relativamente más caro despedir a un trabajador con menor antigüedad que a uno más estable. Esta propuesta fue declarada inconstitucional.

¹⁹ Los despidos motivados por necesidades de la empresa representaron el 70% del total de las terminaciones de la relación laboral en el año 1995.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La regulación constitucional sobre la protección del empleo y su fomento están reguladas en el artículo N° 22 de la Constitución Política, en el cual se expresa una escasa protección como función restitutoria por parte de nuestro máximo ordenamiento jurídico sobre el empleo expresando así la virtud inmune al ser humano, donde las prestaciones se deben de realizar en condiciones humanas e inmaculables a su dignidad.

Nuestra constitución política de 1993 nombra y menciona de manera fugaz sobre el despido arbitrario sin expandirse sobre el tema en cuestión, en el artículo N° 27 de la carta magna indica que *“La Protección del trabajador frente al Despido Arbitrario”* no especifica en las eventuales situaciones cuando el despido es injustificado, incausado y/o cuales sean las modalidades que haya sufrido el trabajador el despido, de eso se ha encargado de definir la doctrina.

Ante esta problemática acerca de los Despido Arbitrario en el Perú, cabe precisar ¿Es constitucional el despido arbitrario? Y si el despido es justificado, que consecuencia favorable recae en el trabajador cuando se encuentra vulnerado su derecho al trabajo si es despido es por causa justa.

El tema del despido en nuestro país siempre ha sido un hecho jurídico de suma importancia, tanto para el Estado, los trabajadores y los empleadores.

Sin trabajo casi todos los demás derechos estarían ahí, a la vista de todos, pero nadie los podría hacerlos efectivos. Sin el movimiento económico que se produce por la actividad laboral el Estado no recaudaría tributos y todo sería una anarquía.

Entonces debemos preguntarnos ¿A qué se debe el despido arbitrario de un trabajador? ¿Sería una causal, en la crisis que

sufre el país, o simplemente el Estado no regula ni protege los derechos del trabajador? ¿Estaré en mi derecho de solicitar en vía judicial mi antiguo puesto de trabajo? Un factor importante también radica en el rol fundamental de los jueces civiles y/o laborales (los jueces civiles también son quienes tienen competencia para tomar una demanda de amparo en temas laborales) en los temas de reposición al trabajador sobre despidos arbitrarios.

La problemática planteada en la presente tesis a tratar, gira en torno a los despidos arbitrarios los cuales son ocasionados generalmente por el empleador por causas injustificadas que perjudica al trabajador.

Se denomina despidos arbitrarios cuando no existe un motivo justificado, es decir, una causa prevista en la Ley o en la doctrina que fundamente el despido. Un despido en cualquiera de sus modalidades, trae consigo efectos o medidas que el trabajador evaluaría para poder defender sus derechos laborales, ya sea volver a su centro de labores para desempeñar las funciones que operaba o por lo tanto solicitar una indemnización. La norma solo protege contra el despido arbitrario al trabajador que labora 04 o más horas diarias para el mismo empleador y siempre que haya superado el período de prueba, (03 meses, para un trabajador regular, 06 meses para trabajador de confianza y 01 año para trabajador de dirección). Referencia: Artículo 29° y 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

La reposición de un trabajador a su centro de trabajo se puede demandar mediante un proceso constitucional de amparo, y se puede tramitar en su máxima instancia como es el Tribunal Constitucional, donde en ocasiones declara “INFUNDADAS” las demandas de amparo, impidiéndole retomar su trabajo que

desempeñaba, afectando su Derecho a la Reposición al trabajo y el Derecho al Trabajo.

Algunas sentencias del Tribunal Constitucional, se han establecido como precedentes vinculantes, para ser de consulta, en ocasiones modificando los plenos supremos laborales; esto impidiendo que se aplique adecuadamente lo estipulado por la doctrina.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Frente a los despidos arbitrarios a los trabajadores de los cuales no existe prueba en contrario del vínculo laboral, y existiendo para la reposición de este a su centro de labores la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo y el Proceso Constitucional de Amparo, resulta necesario determinar que vía es idónea para la reposición del trabajador a su centro de labores?

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

Cabe resaltar la importancia en este tema importante que le incumbe al Estado, a la sociedad, a los empleadores y trabajadores, ya que si lo vemos de una forma general la continuidad en el trabajo, resulta tan beneficiosa para el empleador, como para el trabajador. El trabajador, necesita la tranquilidad psicológica y económica que implica contar con un ingreso seguro, que le permita subsistir, junto a su grupo familiar, y que se prolongue suficientemente en el tiempo como para poder alcanzar el beneficio de su jubilación (plazo indeterminado); mientras tanto el empresario, contará ante dicha continuidad, con una mayor lealtad y compromiso por parte del asalariado, y el trabajador, habrá adquirido al tiempo una mayor experiencia y eficiencia para la realización de su labor. Contando a su vez, la asimilación de conocimientos y un trabajo mucho más eficiente.

Por otro lado, el estudio de la presente tesis de investigación es fundamental para el futuro de la estabilidad laboral que por ahora cuentan los trabajadores que laboran bajo el régimen privado del Decreto Legislativo N° 728, que resultara difícil acceder nuevamente a desempeñar las funciones que se realizaba cuando sucedió el despido.

Aspecto Social.

El trabajo es la fuente para el sustento de la célula básica de la sociedad ya que si ningún ingreso fijo el trabajador no podría subsistir para satisfacer sus necesidades básicas ni tampoco podría adquirir experiencia en el ejercicio de su profesión.

Si el trabajador es despedido arbitrariamente y no es repuesto a su centro de labores, su familia y su entorno se perjudicaría por no tener la solvencia económica, el no contar con un empleo fijo perjudicaría todo lo que equivale no trabajar, sin tomar en cuenta la demanda de empleos que existe en el país y al contar también con una de las canastas básica familiar más cara de América Latina. (Fuente: El Comercio)

Aspecto Económico.

El trabajo es una fuente de dinero pero a la vez de progreso para una sociedad; un país se mueve a base del desarrollo existe trabajo, dinero y más educación y el Estado es la propicia en difundirla.

Aspecto Tributario.

La contratación de personal por parte de los empleadores para prestar servicios profesionales, recae en la declaración de planilla sujeta ante Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT la empresa se sujeta a lo normado por la legislación nacional y se recaudan tributos, la empresa empleadora declara anualmente los egresos e ingresos

de la entidad, el trabajador puede cubrir la canasta familiar y la tranquilidad de tener un sueldo fijo mensual.

Así se formarían empresas formales y que deseen contratar a personal calificado con todos los beneficios laborales que las actuales leyes disponen.

Aspecto Académico.

La presente investigación tiene como finalidad contribuir en la difusión de un tema tratado y hablado pero poco explotado en el entorno académico, debido a que usualmente no se cuenta con abogados laboristas que se enfrenten sobre el tema y puedan dar un punto de vista objetivo.

Además, de exponer mi punto de vista sobre un tema controvertido y detallando las posibles soluciones ante tal problemática del despido arbitrario en el Perú y su derecho hacer repuesto a su centro de trabajo.

Por otro lado es importante estudiar el tema ya que hay pocos estudios de laboristas especializados del tema que aporten su interés sobre “El no Acceso al Puesto de Trabajo” en el país.

Ya se cuenta con un precedente vinculante contradictorio y anticonstitucional, sentencias del TC de suma análisis para tomar las estrategias respectivas en su debido momento y cuando la situación legal y laboral se encuentre parecidas.

Tratar de temas pocos tratados pero controversial, son útiles para tener como referencia la opinión sobre temas de interés; así como también el análisis del tema en cuestión para aportar nuevas propuestas, estrategias y a la vez difundir el Derecho Laboral entre jóvenes abogados y abogadas.

II. OBJETIVOS.

2.1. OBJETIVOS GENERALES.

- Describir los estadios procesales de la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo para efectos de la reposición del trabajador producto del despido arbitrario.
- Describir los estadios procesales del recurso de Amparo para efectos de la reposición del trabajador producto del despido arbitrario.

2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Definir los tipos despidos.
- Analizar los estadios procesales de la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo para efectos de la reposición del trabajador producto del despido arbitrario.
- Analizar los escasos estadios procesales del Proceso Constitucional de Amparo para efectos de la reposición del trabajador producto del despido arbitrario.
- Analizar las diferencias procesales entre la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo y el Proceso Constitucional de Amparo en beneficio del trabajador a efectos de la reposición a su centro de labores.
- Establecer parámetros doctrinales en cuanto a la viabilidad de la interposición del recurso de amparo frente a los despidos arbitrarios donde no exista prueba en contrario del vínculo laboral.
- Proponer la modificación del artículo 5, numeral 2) del Código Procesal Constitucional, afectos de salvaguardar el derecho fundamental del trabajo.

III. HIPÓTESIS Y VARIABLE.

3.1. HIPOTESIS.

Si, el Proceso Constitucional de Amparo resulta una vía procesal satisfactoria para lograr la reposición del trabajador en los supuestos de despidos arbitrarios en los que no existe prueba en contrario del vínculo laboral del trabajador con el empleador, siendo esta una vía procesal más rápida que la Ley N° 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo, en cuanto a plazos y resultado, entonces este Proceso Constitucional de Amparo no debería ser declarado infundado por existir otra vía procesal impidiendo ejercer así su derecho de reposición a su centro de trabajo.

3.2. VARIABLE INDEPENDIENTE.

- Despido arbitrario del trabajador de su centro de labores.

3.3. VARIABLE DEPENDIENTE.

- La reposición del trabajador a su centro de trabajo mediante la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo.
- La reposición del trabajador a su centro de trabajo mediante el Proceso Constitucional de Amparo.

IV. MARCO MEDOLÓGICO.

4.1. DISEÑO Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES DE LA HIPOTESIS	TECNICAS DE RECOLECCION DE DATOS	METODOS E INSTRUMENTOS
¿Frente a los despidos arbitrarios a los trabajadores	Objetivo General: Describir los estadios procesales de la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo para	Si, el Proceso Constitucional de Amparo resulta una	Variable independiente La maternidad subrogada	Fichas de Resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de	• Análisis y síntesis. • Inducción - deducción. • Comparaci

s de los cuales no existe prueba en contrario del vínculo laboral, y existiendo para la reposición de este a su centro de labores la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo y el Proceso Constitucional de Amparo, resulta necesario determinar que vía es idónea para la reposición del trabajador a su centro	efectos de la reposición del trabajador producto del despido arbitrario. - Describir los estadios procesales del recurso de Amparo para efectos de la reposición del trabajador producto del despido arbitrario. Objetivos Específicos - Definir los tipos despidos. - Analizar los estadios procesales de la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo para efectos de la reposición del trabajador producto del despido arbitrario. - Analizar los escasos estadios procesales del Proceso	vía procesal satisfactori a para lograr la reposición del trabajador en los supuestos de despidos arbitrarios en los que no existe prueba en contrario del vínculo laboral del trabajador con el empleador, siendo esta una vía procesal más rápida que la Ley N° 29497 - Nueva Ley Procesal del Trabajo, en cuanto a plazos y	en el Perú. Variable Dependent e. - La reposición del trabajador a su centro de trabajo mediante la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo. - La reposición del trabajador a su centro de trabajo mediante el Proceso Constitucional de Amparo.	Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.	ón Histórico. • Dogmático Laboral. • Dogmático constitucional. . INSTRUMENT OS. • Revistas de Derecho constitucional. • Revistas de Derecho Laboral.
--	--	---	--	--	--

de labores?	Constitucional de Amparo para efectos de la reposición del trabajador producto del despido arbitrario. - Analizar las diferencias procesales entre la Ley N° 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo y el Proceso Constitucional de Amparo en beneficio del trabajador a efectos de la reposición a su centro de labores. - Establecer parámetros doctrinales en cuanto a la viabilidad de la interposición del recurso de amparo frente a los despidos arbitrarios donde no exista prueba en contrario del vínculo laboral. - Proponer la modificación del artículo 5, numeral	resultado, entonces este Proceso Constitucional de Amparo no debería ser declarado infundado por existir otra vía procesal impidiendo ejercer así su derecho de reposición a su centro de trabajo.			
-------------	--	---	--	--	--

	2) del Código Procesal Constitucional, afectos de salvaguardar el derecho fundamental del trabajo.				
--	--	--	--	--	--

4.2. POBLACIÓN Y MUESTRA.

Se ha omitido la población y muestra de la presente tesis ya que estamos ante un trabajo de investigación meramente dogmático de corte descriptivo-explicativo, enfocado desde un análisis cualitativo de la viabilidad del proceso constitucional de amparo como vía satisfactoria a efectos de la restitución del trabajador a su centro de trabajo frente a la Ley N° 29497.

4.3. MATERIALES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

La técnica de recolección de información predominante estará basada principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de las resoluciones emitidas por el MINTRA (Ministerio de Trabajo), Poder Judicial y el TC durante los últimos 10 años.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables con sus correspondientes indicadores; ello nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

Fichas de resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.

4.4. MÉTODOS.

La investigación que realizaremos es de naturaleza descriptiva - explicativa puesto que además de describir de modo sistemático las características del estado constitucional, precisaremos sus antecedentes históricos normativos, sus diversos componentes temáticos; doctrinas y elaboraciones teóricas nacionales; y su regulación primigenia ubicada en la Constitución peruana, en suma no solo abordaremos el desarrollo del marco teórico, teórico normativo; sino que realizaremos en análisis y discusión de las Resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, doctrina y aportes de destacados laboristas. Deducimos que las hipótesis formuladas con los resultados de la investigación teórica - empírica es la evidencia y prueba de que esta investigación transvasa los parámetros de una investigación descriptiva para ubicarse dentro de las investigaciones causales-explicativas.

CAPITULO II

LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ.

2.1. ORIGEN DE LA ESTABILIDAD LABORAL.

Es meritorio que reconozcamos a la estabilidad Laboral antes que el trabajo subordinado, ya que el trabajo del hombre se ha manifestado desde tiempos remotos en la naturaleza, como un medio de lucha y adaptación a ella. "En épocas anteriores constituyó una realidad indispensable para asegurar la vida del hombre" (Por medio de él, éste puede dominar la naturaleza). Posteriormente se dieron formas especiales de subordinación como la esclavitud en la época antigua, siervos de la gleba, más tarde en la época del corporativismo (edad media), aprendices, compañeros, oficiales, maestros (Francia); hasta que en el siglo XVII la relación laboral, nos dice Vásquez Vialard, "adquirió las características que hoy presenta."²⁰

A nivel internacional, el derecho de estabilidad en el trabajo en el transcurso de la historia está ligado indisolublemente a la relación jurídica laboral permanente que deviene de un contrato de trabajo a plazo indefinido; así, la estabilidad laboral ha fluctuado como observamos desde una relación permanente, estable, duradera, como es el de la esclavitud en la época antigua, la servidumbre en la edad media, a la inestabilidad del trabajador en el siglo XVIII, como consecuencia de la invención de la máquina. El advenimiento del maquinismo con la consiguiente centuplicación de la producción como lo hemos señalado, trajo consigo la eliminación de inmensas masas de trabajadores.

Es evidente que la lucha por la estabilidad laboral se inicia conjuntamente con la industrialización por los efectos de la misma que llevaron al trabajador sobre todo a partir del siglo XIX con el maquinismo, al capital industrial, con la revolución industrial inglesa; a la centuplicación de la producción que trajo como consecuencia la

²⁰ SUAREZ JAEN, Carlos Arturo (2017). "La figura del despido ineficaz como medio de protección para las personas con capacidades especiales". Machala: Ecuador. Tesis. Universidad Técnica de Machala.

eliminación de gran número de trabajadores de los establecimientos industriales, por la automatización, lo que llevó a muchos obreros a considerar como su primer enemigo a las máquinas. Muchos de los principales levantamientos proletarios de esa época tuvieron por objeto la destrucción de máquinas y asesinato de sus inventores; miles y miles de trabajadores quedaron en la desocupación, viéndose compelidos a la miseria y a ofrecer su trabajo en condiciones muchas veces inhumanas y con la exigua remuneración en desesperada competencia; problemas que dieron origen a las luchas sindicales y su manifestación a través de los convenios colectivos de trabajo con miras de alcanzar mejores condiciones de vida de los trabajadores y de su familia y el desarrollo de la industria con el logro del incremento de la producción y productividad, en busca de la plena ocupación de toda persona con capacidad y obligada a trabajar, hoy, nuevamente en riesgo por la realidad socioeconómica que vivimos y las leyes laborales, cuya tendencia flexibilizadora del contrato de trabajo con miras al incremento del empleo, no han logrado su objetivo.

Estamos convencidos que el respeto al derecho de estabilidad laboral del trabajador honesto, eficiente, preocupado y dedicado a su capacitación permanente no es contradictorio al desarrollo socioeconómico sino, por el contrario, es indispensable para alcanzar este fin. Consideramos que es indispensable el respeto de este derecho angular del trabajador, porque lleva implícito el respeto a la esencia de una vida digna y estable de quien trabaja y de quienes dependen de él, indispensable así mismo, porque sólo con el esfuerzo de los trabajadores, de los empleadores y del Estado podremos alcanzar la meta común, cual es la de combatir el desempleo y el subempleo con miras a alcanzar el pleno empleo para la estabilización del derecho de la estabilidad laboral, piedra angular del desarrollo socioeconómico, base indispensable para el logro del bien común de la sociedad en general ²¹.

²¹ SUAREZ JAEN, Carlos Arturo (2017). *Ibíd.*

En el Perú, constituyen antecedentes del derecho de estabilidad laboral, la Ley N° 4916, promulgada el 7 de febrero de 1924, durante el gobierno del Presidente Augusto B. Leguía, la cual confirió libertad al empleador de poner término al vínculo laboral, siempre que cumpla con el pre-aviso de 90 días o le facultó el pago de la indemnización equivalente a este lapso; obligó al trabajador en caso de retiro voluntario a dar aviso con 40 días de anticipación; en consecuencia, legisló el pre aviso y el elemento indemnizatorio del derecho de estabilidad laboral²².

Por su parte el Decreto Supremo del 5 de junio de 1953, se legisló sobre el derecho que tenían los trabajadores con 20 años o más de trabajo continuo a favor del mismo empleador para no ser despedidos arbitrariamente de su centro de trabajo. Fue el inicio de la protección del trabajador, basada en el criterio de la antigüedad en el trabajo; además, el Decreto Supremo del 04 de noviembre de 1958, estableció que el Ministerio de Trabajo debía aprobar la resolución de los contratos de los empleados con 20 o más años de servicios, lo que fue ratificado por la Ley N° 15542 del 30 de abril de 1965, que rebajando el tiempo de servicios de las empleadas a 15 años, confirmó que la resolución de los contratos de trabajo debía ser aprobada por dicho Ministerio.

En 1962, la Ley N° 14221 estableció que el empleador para poner término a los servicios de un obrero debería darle aviso con 15 días de anticipación, norma que fue derogada por el Decreto Ley N° 14857 de fecha 29 de enero de 1964.

En 1970, durante el gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado, mediante el Decreto Ley N° 18471 de fecha 10 de noviembre de 1970, se institucionalizó la estabilidad laboral absoluta para todos los trabajadores asalariados luego de tres meses de iniciados sus contratos. Esta disposición significó que transcurrido el período de prueba el trabajador sólo podía ser despedido por faltas graves o despido

²² CONCHA VALENCIA, Carlos Ramiro (2014). "Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional". Lima: Perú. Tesis. PUCP.

colectivo; lo cual requería la autorización de las autoridades laborales, siendo la empresa la que debía demostrar la existencia de la causa justa para el despido del trabajador, y la autoridad administrativa de trabajo determinaba si éste procedía o no, si se determinaba que el despido era injusto, la empresa debía pagar todos los salarios devengados y el trabajador podía elegir entre la reposición o la indemnización correspondiente y la liquidación de beneficios sociales. Por lo que para realizar el despido efectivo del trabajador, la empresa debía de negociar con él mismo.²³

En el año 1978, mediante la Ley N° 22126, el periodo de prueba se extendió de tres meses a tres años, lo cual redujo la importancia de la estabilidad laboral.

En junio de 1986, durante el gobierno de Alan García, se redujo otra vez el periodo de prueba a tres meses a través de la Ley N° 24514 y una gran porción de trabajadores adquirieron súbitamente la estabilidad laboral absoluta. Esta ley implicó un alto grado de rigidez durante el periodo 1986 – 1991.²⁴

En 1991 se introdujeron varias modificaciones que tenían como objetivo flexibilizar el mercado laboral y reducir los costos de despido y contratación a través del Decreto Ley N° 728 (Ley de Fomento del Empleo). Una de las intenciones de la reforma era abolir la estabilidad laboral. Sin embargo, la misma era un derecho establecido en la Constitución Política de 1979, por lo que sólo pudo ser eliminada parcialmente, afectando sólo a aquellos trabajadores que fuesen contratados después de la promulgación de la ley. Así, durante el periodo comprendido entre 1991 y 1995, coexistieron dos regímenes. Los trabajadores contratados antes de noviembre de 1991 podían seguir

²³ CONCHA VALENCIA, Carlos Ramiro (2014). *Ibídem*.

²⁴ SAAVEDRA, Jaime y MARUYAMA, Eduardo (2000). “Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de Despido sobre el Funcionamiento del Mercado Laboral Peruano”. Lima: Perú. Edit. Grade. Recuperado el (10/04/2019) en: <http://www.grade.org.pe/upload/publicaciones/archivo/download/pubs/ddt/ddt28.pdf>

exigiendo la reposición o el pago de la indemnización, si no se lograba mostrar que el despido era justificado, mientras que los trabajadores contratados después de esa fecha debían esperar que el juez apruebe la reposición o la indemnización.²⁵

Bajo el marco de la nueva Constitución de 1993, la Ley N° 26513 de julio de 1995 reemplazó a la estabilidad laboral absoluta por la protección contra el despido arbitrario, eliminando así la posibilidad de reposición del trabajador y otorgándose sólo el pago de la indemnización en caso de despido injustificado.²⁶

2.2. ESTABILIDAD LABORAL.

Como es de mención por Héctor de la Fuente (1992), la estabilidad laboral es la prerrogativa que tiene el trabajador de conservar su puesto de trabajo de manera indefinida y siempre que no incurra en las situaciones predeterminadas por ley que le puedan acarrear el despido; sin embargo, pese a que rápidamente puede lograrse una impresión de lo que implica la estabilidad laboral debemos tener cuidado en su significado ya que, como nos prevenía Horacio de la Fuente, “interesa especialmente distinguir la permanencia de la estabilidad ya que si bien etimológicamente son vocablos sinónimos, desde el punto de vista jurídico, la primera alude a una situación de hecho -expectativa o posibilidad de conservar el puesto, mientras la estabilidad es el derecho que garantiza esa permanencia”²⁷, veamos si la definición que hemos esbozado y la de otros autores tienen en cuenta esta prevención.

Néstor de Buen señala que: “La estabilidad en el empleo debe entenderse como el derecho a conservarlo, no necesariamente en forma

²⁵ SAAVEDRA, Jaime y MARUYAMA, Eduardo (2000). “Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de Despido sobre el Funcionamiento del Mercado Laboral Peruano”. Lima: Perú. Edit. Grade. Recuperado el (10/04/2019) en: <http://www.grade.org.pe/upload/publicaciones/archivo/download/pubs/ddt/ddt28.pdf>

²⁶ SAAVEDRA, Jaime y MARUYAMA, Eduardo (2000). *Ibíd.*

²⁷ DE LA FUENTE, Horacio Héctor. Estabilidad Laboral, Concepto y Clasificación; en: FERRO DELGADO, Victor y GARCIA GRANARA, Fernando (1992). *Derecho Individual del Trabajo*. Lima - Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú.

indefinida, sino por el tiempo en que la naturaleza de la relación lo exija”²⁸, es decir que si la relación laboral es indefinida la permanencia en el empleo debe estar asegurada (salvo que exista causa justa) y si es temporal la relación laboral subsistirá el tiempo que dure la actividad. Para el especialista Carlos Reynoso Castillo “la estabilidad presentaría una doble naturaleza; ella permitiría al trabajador, por un lado, conservar su empleo y, por otro, ver respetados sus derechos de antigüedad en la empresa, los cuales son la base de un gran número de derechos y garantías ofrecidas por el derecho del trabajo.”²⁹

Por su parte para José Dávalos la estabilidad laboral es un “derecho del trabajador para permanecer en el empleo; constituye uno de los principios fundamentales y más importantes del derecho del trabajo. Es un principio de seguridad para el trabajador, quién no padecerá la incertidumbre sobre la duración de la relación laboral de la que es sujeto”.³⁰ Con estos conceptos y la prevención expuesta debemos decir que una definición más cabal de estabilidad laboral debiera incluir no solo el derecho a permanecer en el empleo y el derecho a no ser despedido sin causa justa, sino también la existencia de garantías necesarias para que en el caso de que haya operado un despido injustificado este pueda ser resarcido mediante un procedimiento justo; por el momento nos referimos al resarcimiento como todo acto compensatorio que recae en favor del trabajador despedido injustamente, sin detenernos aún a delimitar que esta compensación sea la reposición o la indemnización, o ambas; cuestión que fluirá cuando tratemos los regímenes de estabilidad laboral existentes, es decir su tipología.

²⁸ DÁVALOS, José (2009). “Derecho Individual del Trabajo. Decimoctava edición”. Ciudad de México: México. Edit. Porrúa.

²⁹ REYNOSO CASTILLO, Carlos (1990). “El Despido Individual en América Latina”. Ciudad de México: México. Universidad Nacional Autónoma de México.

³⁰ DÁVALOS, José (2009). “Derecho Individual del Trabajo. Decimoctava edición”. Ciudad de México: México. Edit. Porrúa.

El derecho a la estabilidad laboral se justifica socialmente como beneficioso para ambas partes de la relación laboral: de un lado, garantiza la continuidad de los ingresos del trabajador que están dirigidos a la satisfacción de sus necesidades y las de su núcleo familiar, y de otro lado permite que la empresa cuente con personal con experiencia que resuelva de mejor manera los problemas propios de su actividad productiva. Al respecto Salomón Gonzales Blanco ha señalado que: “la estabilidad aplicada a los trabajadores significa, en términos generales, firmeza en las relaciones jurídicas y garantía del presente y futuro... el trabajador que cumple con sus obligaciones no debe de estar expuesto al riesgo de un despido arbitrario... Los hombres, necesitan poseer confianza plena y real en el presente... necesitan mirar con seguridad el mañana inmediato y estar ciertos de que la satisfacción de sus necesidades familiares no dependerá de la arbitrariedad y del capricho de otros hombres”³¹. Con todo, es preciso ahora que hallemos el fundamento jurídico en el que se sustenta la estabilidad laboral como derecho fundamental, más aun si tenemos en cuenta, como veremos más adelante, que este derecho no se encuentra redactado expresamente en la Constitución peruana vigente sino que su existencia fluye de otros derechos reconocidos que justamente le dan sustento”³².

Doctrinariamente, la estabilidad laboral es una manifestación del principio de continuidad del derecho laboral. Este principio (continuidad) dentro de sus múltiples manifestaciones, señala dos que son muy importantes y tienen relación con la estabilidad laboral:

- La preferencia por la contratación a plazo indeterminado. a esta manifestación del principio de continuidad se le denomina estabilidad laboral de entrada, y

³¹ CAVAZOS FLORES, Baltazar (2004). “40 Lecciones de Derecho Laboral”. Ciudad de México: México. Novena edición. Editorial Trillas.

³² PAREDES LOZADA, Lourdes Alejandra (2018). “La reposición laboral en vía ordinaria: cambios competenciales en la nueva ley procesal del trabajo”. Arequipa: Perú. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa - Escuela de Posgrado.

- El límite al despido ad nutum o arbitrario. A esta manifestación se le llama estabilidad laboral de salida.

A estas dos manifestaciones se llama “estabilidad laboral”. El objetivo de la estabilidad laboral es proteger el derecho al trabajo e impedir los actos arbitrarios de los empleadores.

La estabilidad laboral de salida, que tiene relación con la figura del despido, doctrinariamente, tiene grados diferenciados de protección:

- a) La estabilidad laboral absoluta, consiste en que, en caso de despido injustificado, el trabajador tiene derecho a la reposición en el empleo.
- b) La estabilidad laboral relativa propia, cuando existe la opción entre el pago de una indemnización al trabajador o su reposición en el empleo, decisión, que según la opción legislativa, podrá depender del propio trabajador, del juez o del empleador. En estos casos, suele haber pago de las remuneraciones devengadas entre el momento del despido y el de la reposición o pago de la indemnización; y,
- c) La estabilidad laboral relativa impropia, cuando el trabajador ante el despido del cual ha sido objeto, tiene derecho al pago de una indemnización.

2.3. SUSTENTO LEGAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL.

2.3.1. EL DERECHO AL TRABAJO.

En la década del noventa, enmarcado nuestro país, ya no en una economía social de mercado, sino en una economía neoliberal, nace la Constitución de 1993, la que ya no consagra en su articulado, es decir, no reconoce, el derecho a la estabilidad, como si lo hizo la Constitución de 1979.

Efectivamente, la estabilidad laboral no fue recogida en la Constitución de 1993, pues ésta, en su artículo 27º, solo reconoce que el trabajador “goza de adecuada protección contra el despido arbitrario”, y no hace mención expresa a la estabilidad laboral. Existe mucha diferencia entre el artículo 27º de la Constitución de

1993 con el artículo 48° de la Constitución del 79; son regulaciones totalmente diferentes en el Derecho Laboral.

La Constitución de 1993, en su artículo 27° otorga al trabajador “adecuada protección contra el despido arbitrario”, pero no establece cual es esa “adecuada” protección, es decir, es una norma de preceptividad aplazada, pues deja al legislador infraconstitucional, para que mediante ley sea quien regule el nivel de protección del trabajador en caso de despido arbitrario. El legislador infraconstitucional podía establecer, dentro del marco de dicha norma constitucional: un régimen de estabilidad laboral absoluta, de estabilidad laboral relativa propia, estabilidad laboral relativa impropia, un régimen de inestabilidad (simple preaviso) o un seguro por desempleo.

El legislador infraconstitucional optó, a través de la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Legislativo N° 728), no por la reposición, sino por la indemnización, pues su artículo 34° que fuera posteriormente dividida en dos leyes, siendo una de ellas la Ley de Procedimiento y Competitividad Laboral se estableció que “si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente”.³³

Tulio Máximo Obregón Sevillano (2016) citando a Luis Vinatea Recoba, quien señala, quien comenta la Constitución de 1993, y manifiesta que, “así, no es posible en la actualidad que “la adecuada protección contra el despido arbitrario” se identifica con tal o cual grado de estabilidad; en verdad lo único cierto es que

³³ La Ley de Fomento del Empleo (D. Leg. N° 728), en el año 1997 se desdobló en dos leyes: La Ley de Productividad y Competitividad Laboral cuyo texto fue aprobado por el D.S. N° 003-97-TR (27.3.97); y, la Ley de Formación y Promoción Laboral, cuyo texto fue aprobado por el D.S. N° 02-97-TR (27.3.97)

hoy por hoy el artículo N° 27 bajo comentario básicamente sirve para establecer de modo preciso que ya no existe un reconocimiento del derecho de estabilidad laboral a nivel constitucional”.

A su vez, Guillermo Boza Pro, señala, comentando la Constitución de 1993 y refiriéndose a la estabilidad laboral que “este derecho es, sin duda alguna, el que mayores recortes ha soportado, al haberse eliminado la exigencia constitucional de causas justas para la terminación del vínculo laboral, su debida comprobación, la tipificación legal de las mismas (...) la garantía de este derecho queda supeditada a la normatividad infraconstitucional”.³⁴

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

Según Néstor De Buen Lozano, 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.”³⁵

Por otro lado, Ricardo Marcenaro Frers (1995), 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”.³⁶

³⁴ OBREGÓN SEVILLANO, Tulio Máximo (2016). “Estabilidad Laboral No es Sinónimo de Reposición”. Lima: Perú. PUCP. Revista Derecho & Sociedad.

³⁵ DE BUEN LOZANO, Néstor (1981). “Derecho del Trabajo”. Ciudad de México: México. Edit. Porrúa.

³⁶ MARCENARO FRERS, Ricardo (1995). “El Trabajo en la Nueva Constitución”. Lima: Perú. Edit. Cultural Cuzco S.A. Editores.

En tal sentido como resalta Carlos Ramiro Concha Valencia (2014), se considera el derecho al trabajo como la base de la estabilidad laboral, en razón, que este derecho tiene dos manifestaciones:³⁷

- Acceso al empleo.
- La conservación del empleo.

2.3.1.1. ACCESO AL EMPLEO.

El Acceso al Empleo en Sentido Genérico.

Esta 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.

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.

2.3.1.2. LA CONSERVACIÓN DEL EMPLEO.

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

³⁷ CONCHA VALENCIA, Carlos Ramiro (2014). "Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el tribunal constitucional". Lima: Perú. PUCP.

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. 22º)

En el Protocolo de San Salvador³⁸ se consagra el derecho al trabajo y la estabilidad laboral en los artículos N° 6 y N° 7, respectivamente. Al respecto BLANCAS 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”.³⁹

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

³⁸ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. Rescatado el (11/04/2019) en: <http://oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html>.

³⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (1991). “El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo”. Lima: Perú. Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.

establecido en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución.

El Tribunal Constitucional mediante sentencia N° 1112-98-AA/TC, 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 N° 22 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.

Por otra parte en la sentencia N° 1124-2001-AA/TC 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”.

2.3.2. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD.

Américo Plá Rodríguez (1978), define a este principio como: “(...) la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”⁴⁰.

⁴⁰ PLÁ RODRIGUEZ, Américo (1978).” Los Principios del Derecho del Trabajo”. Buenos Aires: Argentina Ediciones Depalma.

Por su parte Martín Carrillo Calle (2001), señala que por lo señalado por Plá Rodríguez al principio de continuidad se le reconocen las siguientes proyecciones:⁴¹

- 1) Preferencia por los contratos de duración indefinida;
- 2) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato;
- 3) Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido;
- 4) Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal;
- 5) Interpretación de las inscripciones de contratos como simples suspensiones;
- 6) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleo.

El principio de continuidad se considera como la base de la estabilidad laboral, pero no debe confundirse el uno con el otro ya que el primero, está referido a la resistencia de la terminación de la relación laboral por la voluntad del empleador, y se encuentra vinculado con la preferencia por los contratos de duración indefinida.

Para Carlos Blancas Bustamante, el principio de continuidad es, *"La estabilidad en el trabajo, concebida como el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa o como una limitación a la facultad de poner término discrecionalmente a la relación de trabajo, tiene como fundamento el principio de continuidad y que, más aún, lo presume, ya que carecería de toda lógica establecer esta garantía contra el despido ad nutum si la relación de trabajo, como regla general, se pactara por tiempo*

⁴¹ CARRILLO CALLE, Martín (2001). "La Estabilidad de Entrada y de Salida como expresiones del Principio de Continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano". Lima: Perú. En Revista Latinoamericana de Derecho Social.

*determinado, en forma independiente de la naturaleza de la labor a realizar”.*⁴²

2.4. CLASES DE ESTABILIDAD LABORAL.

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

2.4.1. ESTABILIDAD DE ENTRADA.

Para Cecilia Espinoza (2012) la estabilidad de entrada es la garantía jurídica por la cual desde el inicio del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a una relación de plazo indeterminado cuando la naturaleza objetiva de sus labores es indefinida⁴³. 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 Luis NAVA (2004) 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”*.⁴⁴

Martin Carrillo (2001) 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*

⁴² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (1991). “El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo”. Lima: Perú. Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.

⁴³ ESPINOZA MONTTOYA, Cecilia L. (2011). “Causas de Extinción del Contrato de Trabajo”. Lima: Perú. Colegio de Abogados de Lima Este. Rescatado de: <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causasex.pdf>

⁴⁴ NAVA GUIBERT, Luis (2004). “El Despido Arbitrario”. Lima: Perú. Efectos de las Resoluciones del Tribunal Constitucional. Edit. García Calderón Industrias Gráficas S.A.C.

*a una modalidad de contrato temporal esté habilitado como causa objetiva por una ley y se cumplan los requisitos de forma por ella exigidos.*⁴⁵

2.4.2. ESTABILIDAD DE SALIDA.

Es la protección frente al término de la relación laboral y ésta solamente puede darse por causales taxativas. Sin embargo, es necesario reconocer los dos tipos de estabilidad de salida:

- Absoluta (que conlleva la reposición)
- Relativa (que importa protecciones distintas como la indemnización, remuneraciones devengadas, etc.). Esta última manifestación de estabilidad puede ser propia o impropia.⁴⁶

Para Carlos Concha (2014), 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 N° 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.⁴⁷

⁴⁵ CARRILLO CALLE, Martín (2001). “La Estabilidad de Entrada y de Salida como expresiones del Principio de Continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. Lima: Perú. En Revista Latinoamericana de Derecho Social.

⁴⁶ ESPINOZA MONTROYA Cecilia L. (2011). “Causas de Extinción del Contrato de Trabajo”. Lima: Perú. Colegio de Abogados de Lima Este. Rescatado de: <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causasex.pdf>

⁴⁷ CONCHA VALENCIA, Carlos Ramiro (2014). “Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el tribunal constitucional”. Lima: Perú. PUCP

Propia: Para Jorge Toyama (2005). 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”.⁴⁸

Impropia: 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.⁴⁹

2.5. LA ESTABILIDAD LABORAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

La Constitución Política de 1979 que contemplaba en su artículo N° 48 la “estabilidad en el trabajo” como derecho fundamental, fue remplazada por la Constitución Política de 1993, que eliminó el derecho de “estabilidad en el trabajo”, usando una fórmula que otorga al trabajador “adecuada protección contra el despido arbitrario”. Así, se ha sustituido

⁴⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2005). “Instituciones del Derecho Laboral”. Lima: Perú. 2da Edición, Gaceta Jurídica S.A.

⁴⁹ CONCHA VALENCIA, Carlos Ramiro (2014).ibídem.

el concepto rígido de la estabilidad laboral por el concepto flexible de la adecuada protección que la ley dispensa al trabajador contra el despido arbitrario.

Respecto al artículo N° 27 de la Constitución Política de 1993, BLANCAS señala: *“El mandato al legislador, que contiene esta norma, plantea, en orden a la interpretación de la misma, diversas, cuanto importantes, cuestiones (...) relativas a la preceptividad de dicha norma y la interdicción de la arbitrariedad como su posible contenido mínimo, al sentido del despido que adopta y a la eficacia reparadora del despido arbitrario”*.⁵⁰

Lo contenido en el artículo N° 27 de la Constitución Política debiera otorgar al legislador la obligación para que éste regule las causas y procesos para la extinción de la relación laboral, creando una protección a favor del trabajador afectado.

La actual Constitución de 1993, establece dentro del Capítulo II dedicado a los derechos sociales y económicos, las pautas de resguardo constitucional del trabajador, cualquiera sea la labor y la función que realice, donde obviamente, se encuentra incluido en la protección constitucional, el trabajador de confianza. Al respecto el artículo 22° se enmarca en dejar en claro que *el trabajo es un deber y un derecho*, siendo además, base del bienestar social y un medio de realización de la persona.⁵¹

A renglón seguido, el artículo N° 23 prevé que, el trabajo, como actividad humana y medio de realización de la persona, es, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan;

⁵⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (1991). “El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo”. Lima: Perú. Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.

⁵¹ HUAMÁN ÓRDÓÑEZ, Alberto (2011). La Protección Constitucional del Trabajador Estatal de Confianza adscrito al Régimen Privado frente a la Arbitrariedad de Despido. Rescatado el (15/04/2019) en: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista011/despido%20trabajador%20estatal.htm>

además en el mismo artículo se señala que el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo; con lo que se establece en la parte final de este primer párrafo de nuestro precepto supra legal, lo que es llamado las «disposiciones constitucionales programáticas», es decir la asunción de actividades que desarrollen en la realidad social, la previsión constitucional a través de la intervención del legislador ordinario, en este caso del legislador laboral.

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DEL DESPIDO

3.1. EL DESPIDO

Entendemos por despido a la acción a través de la cual un empleador da por finalizado unilateralmente un contrato laboral con su trabajador. En nuestra legislación la Constitución Política del Perú recoge diversos artículos que son fundamentales para delimitar el tratamiento del despido, de los cuales al respecto tenemos: *“Artículo N° 1. - La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”*

Este artículo y el mandato que contiene sobre respeto a la dignidad humana es fundamental a fin de comprender, como señala Elmer Arce (2012),⁵² el elevado índice de lesión de los derechos fundamentales del trabajador en las relaciones laborales, precisamente por la situación de desequilibrio existente entre el empleador y el trabajador.

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

Teniendo en cuenta que las decisiones que adopte el trabajador mantienen una presunción de legitimidad, muchas veces las lesiones a los derechos fundamentales se ven encubiertas tras actos de aparente legalidad⁵³. Por lo cual es necesario siempre tener presente la dignidad del trabajador como límite al poder empresarial.

⁵² ARCE ORTIZ, Elmer (2012). “La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una Asignatura pendiente en tiempos de reforma”. Lima: Perú. En Revista de la Facultad de Derecho PUCP.

⁵³ ARCE ORTIZ, Elmer (2012). *Ibíd.*

Por su parte Kauffman Bruce (2008) señala que el principio básico de que “el trabajo es humano” no sólo desacredita las doctrinas ortodoxas de libre comercio y libertad de contrato, por lo menos en forma sólida, sino que también ayuda a construir una justificación científica y ética para las intervenciones institucionales en mercados laborales (...).⁵⁴”

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

“Artículo 23.- *El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.*”

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.”

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

Precisamente, como describe Blancas desde los tiempos de la República de Weimar y el surgimiento del Estado Social, “se comienza a reconocer que los derechos fundamentales son susceptibles de ser lesionados por sujetos privados frente a lo cual sería responsabilidad del

⁵⁴ Bruce E. Kaufman (2008). “El principio fundamental de las relaciones laborales y el derecho del trabajo”. Lima: Perú. en Relaciones Laborales en el Mundo, 43 estudios en homenaje al Profesor Luis Aparicio Valdez. Edit. GRIJLEY.

ordenamiento jurídico procurar su defensa no solo ante actos del poder público, sino respecto de actos lesivos de los particulares” .⁵⁵

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

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

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

Como es de mención por Néstor De Buen Lozano (1981) El derecho al trabajo, conforme a lo establecido por la doctrina, y que luego sería validado por nuestro Tribunal Constitucional, presenta dos manifestaciones, por un lado "El derecho adquirir un empleo, y por otro lado el derecho a conservar un empleo". El derecho a conservar un empleo se manifiesta en que " todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo salvo que existiera una causa justa para privarle de él".⁵⁶

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

Precisamente para desalentar al empleador de realizar un ejercicio abusivo de sus potestades en la relación laboral, según el sistema

⁵⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2009). "Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo". Lima: Perú. Fondo Editorial de la PUCP.

⁵⁶ DE BUEN LOZANO Néstor (1981). "Derecho del Trabajo". Ciudad de México: México. Edit. Porrúa.

normativo propio de cada legislación se establece diversas medidas que sancionen el despido ilegítimo e ilegal que se desarrolle sin expresión de causa justa debidamente fundamentada y comprobada. Comúnmente se denominada estabilidad laboral al modelo de protección recogido por cada legislación, el que generalmente se diferencia entre reposición o indemnización, las mismas que pueden reconocerse simultáneamente.

Tanto la Constitución Política vigente, como su antecesora la Constitución de 1979, reconocen el derecho a la estabilidad laboral, es decir, el reconocimiento del principio por el cual se busca proteger al trabajador frente al despido arbitrario; sin embargo, la forma de protección en ambas Constituciones, al igual que en toda nuestra historia jurídica laboral, siempre ha estado expresamente establecido en la legislación.

Lo señalado no solo es reconocido por la doctrina, sino también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un reciente fallo contra el Estado peruano, el caso Lagos del Campo vs Perú mediante sentencia de 31 de Agosto de 2017 (en adelante, caso Lagos del Campo vs Perú), señala que ambas Constituciones y las normas legales bajo su vigencia, reconocen explícitamente el derecho a la estabilidad laboral del trabajador.

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

Los derechos fundamentales que pudieran ser afectados mediante un despido y dar lugar a la tutela restitutoria son los que Carlos Palomeque

(2004) denomina derechos fundamentales laborales inespecíficos⁵⁷ estos es, aquellos que resultan inherentes a todo individuo y que por tanto no pueden ser objeto de menoscabo por el hecho de encontrarse sujeto a una relación laboral. Como señala VALDÉS DAL-RE, los derechos inespecíficos no surgen de la condición propia del trabajador, sino de su calidad de persona, pero se expresan y reivindican frente al empleador, vale decir, son derechos que corresponden a todos los individuos, pero son ejercidos por quienes son trabajadores y ejercen estos derechos en el marco de una relación laboral.⁵⁸

Así, el derecho a la libertad de conciencia, a la no discriminación, a la libertad de expresión, a la intimidad, entre otros, son objeto de plena salvaguarda en el marco del contrato de trabajo y, por ende, cualquier despido cuyo propósito entrañe una afectación de estos derechos implicará su ineficacia y, por tanto, abrirá la vía a su impugnación con efecto restitutorio.

Los derechos fundamentales han operado como fuente de integración del régimen jurídico de las relaciones de trabajo, imponiéndole límites que no se encontraban previstos por él. De aquí a reconocer la “doble vertiente” de los derechos fundamentales, como generadores de un “deber negativo de respeto”, susceptible de imponer “efectivos límites al ejercicio del poder de dirección”, y a la vez, como “fuente de deberes positivos o preactivos de protección o prestación”, capaces de permitir una “integración normativa del contenido obligatorio del contrato de trabajo”, existe todavía un trecho.⁵⁹

En la misma línea Antonio Ojeda refiriéndose al despido y los derechos fundamentales del trabajador, señala que éste “tiene también unos

⁵⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (2004). “Derechos fundamentales generales y relación laboral. Los derechos laborales inespecíficos”. Salamanca: España. En Derecho del Trabajo y razón crítica. Edit. Caja Duero.

⁵⁸ VALDÉS DAL-RE, Fernando (2003). “Los Derechos Fundamentales del Trabajador: un ensayo de noción lógico-formal”. España. Relaciones Laborales.

⁵⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2007). “Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Lima: Perú. Gaceta Jurídica.

derechos fundamentales y una dignidad como persona y como ciudadano que no deben sencillamente ignorarse porque aquel otro muestre el talonario.⁶⁰

3.2. CLASES DE DESPIDO.

3.2.1. DESPIDO NULO.

Julio Haro (2003) define al despido nulo 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”.⁶¹

La LPCL señala en su artículo N° 29 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 25°;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.⁶²

⁶⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio (1987). “Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley”. Madrid: España. Edit. Relaciones Laborales.

⁶¹ HARO CARRANZA, Julio Enrique (2003). “Derecho Individual del Trabajo”. Lima: Perú. Edit. RAO S.R.L.

⁶² SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2007). “Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Lima: Perú. Gaceta Jurídica.

Además se considera nulo el despido:

- Cuando el trabajador sea portador del SIDA siendo que de acuerdo a la Ley N° 26626, Artículo 6°: “Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA”.
- 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 con discapacidad”.

El trabajador 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.

3.2.2. DESPIDO ARBITRARIO.

El despido arbitrario es aquel despido sin expresión de causa no derivado de ninguna de las causales establecidas para el despido justo ya que solo obedece a la voluntad unilateral del empleador y, por ende, deviene en arbitrario, razón lógica por la cual se usan las expresiones de “despido injusto”, “despido injustificado”, “despido arbitrario”, o incluso “despido unilateral”, “despido indebido”, “despido sin causa justa” u otros, de acuerdo a Pedro Morales estos son como sinónimos⁶³, en todo caso es de recordar que la expresión de “despido arbitrario” también procede de la ley conforme lo señala la primera parte del artículo 34 del Decreto Legislativo 728 que señala que *“el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio”*, lo cual abre las posibilidades de interpretación en el sentido de que el despido es “arbitrario”: 1) porque no se ha presentado

⁶³ MORALES CORRALES, Pedro G. (2004). “Derecho al Trabajo y Despido Arbitrario: Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Lima: Perú. En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Academia de la Magistratura.

causa justa (despido incausado) o 2) porque habiéndose alegado causa justa esta no ha podido ser demostrada en juicio (despido fraudulento), modalidades de despido injustificado que luego el Tribunal Constitucional acogería con mayor solidez conceptual. Hasta aquí podría pensarse que al ser arbitrario este despido procedería la reposición ya que, como sabemos, la Constitución ha dispuesto en su artículo 22 que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario; sin embargo la norma, strictu sensu, no es precisamente proteccionista sino más bien flexibilizadora y la protección que establece es propia de un régimen de estabilidad laboral relativa, es decir que ante el despido arbitrario (por incausado o improbadado) procedería solamente otorgar la indemnización correspondiente, conforme lo señala la segunda parte del artículo N° 34 del TUO del Decreto Legislativo N° 728 que indica que si el despido es arbitrario, por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, *“el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido”*; este despido arbitrario se impugna, por supuesto, ante el Juzgado Especializado de Trabajo y de ser declarado procedente se ordena el pago de la indemnización que la norma refiere.

3.2.2.1. DESPIDO ARBITRARIO MODALIDAD INCAUSADO.

El despido arbitrario de modalidad incausado es el despido que opera cuando la resolución unilateral del contrato de trabajo es efectuada por el empleador sin expresión de causa, es decir sin que el trabajador haya incurrido en alguna de las causas justas de despido que la ley establece. La abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala que los despidos incausados son objeto de control constitucional puesto que vulnera el derecho constitucional al trabajo y que en consecuencia, para su defensa, se activaría el Proceso de Amparo ocurriendo que, de declararse fundada la

acción, procederá la reposición del trabajador despedido injustamente. En este caso el Tribunal ha señalado en reiterada doctrina jurisprudencial que el trabajador que desee obtener una indemnización ante un despido incausado podrá acudir a la vía ordinaria laboral, mientras que si desea obtener la reposición deberá activar la vía constitucional, véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco en la cual, en extensos y sustentados argumentos, concluye afirmando que la protección de eficacia resarcitoria de la jurisdicción ordinaria no excluye la protección de eficacia restitutoria que brinda la jurisdicción constitucional:

“b.1). En efecto, un modelo de protección procesal, estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, que aquí se ha denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (con excepción del supuesto de despido “nulo”) en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N°. 728, pues, de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá *tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente.*

Se trata de un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario que tiene una eficacia

resarcitoria y, como tal, se trata de un derecho que el ordenamiento reconoce al trabajador, tal como se desprende, por lo demás, de la propia ubicación estructural asignada al artículo 34 dentro del Decreto Legislativo N° 728.

b.2). Sin embargo, como antes se ha anotado, al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional⁶⁴.

Es evidente entonces que con estas características especiales que posee el despido incausado en el Perú también se ha alcanzado un doble o paralelo régimen de protección; un gráfico simbólico sería

C

DESPIDO Y ESTABILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DEL TC			
Tipo de Despido	Vía jurisdiccional aplicable en caso de impugnación	Régimen de Estabilidad Laboral aplicable ante el despido	Efecto
Despido Arbitrario modalidad Incausado	Justicia Ordinaria (Juzgado de Trabajo)	Estabilidad Laboral Relativa	Indemnización
	Justicia Constitucional (Proceso de Amparo)	Estabilidad Laboral Absoluta	Reposición

Fuente: Coaguila Valdivia, Jaime Francisco.⁶⁵

⁶⁴ Fundamento 13, acápite b, apartados b.1 y primer párrafo del apartado b.2, de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco, del 13 de marzo del 2003.

⁶⁵ COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco (2018). "La reposición laboral en vía ordinaria: cambios competenciales en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". Arequipa: Perú. UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTIN DE AREQUIPA. ESCUELA DE POSGRADO.

3.2.2.2. DESPIDO ARBITRARIO EN MODALIDAD FRAUDULENTO.

El despido fraudulento es aquel que se realiza simulando un procedimiento de despido legal sustentado en la comisión de una causa justa de despido pero que, en realidad, constituye un despido arbitrario porque dicha causa justa es totalmente ficticia; esta modalidad de despido, establecida por el Tribunal Constitucional en ejercicio de su facultad de control, se encuentra bajo protección jurídica dentro de un régimen de estabilidad laboral absoluta ya que, como el propio Tribunal ha señalado, ante la arbitrariedad de este despido han de proceder los efectos restitutorios del Amparo que permiten garantizar la esencia del derecho constitucional al trabajo.

El despido fraudulento opera entonces cuando: se imputa al trabajador hechos falsos, o se le atribuye una falta no prevista en la ley, o cuando ha mediado vicio de la voluntad en el procedimiento de despido, o cuando se fabrican pruebas; de comprobarse el despido procederán los mecanismos opcionales de la estabilidad laboral absoluta, es decir la posibilidad de que el trabajador opte entre la reposición, para lo cual acudirá al Proceso de Amparo de eficacia restitutoria, mientras que si se acude a la justicia ordinaria quedaría claro que desea obtener únicamente una indemnización. Un cuadro que grafique esta situación histórica sería como sigue:

DESPIDO Y ESTABILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DEL TC			
Tipo de Despido	Vía jurisdiccional aplicable en caso de impugnación	Régimen de Estabilidad Laboral aplicable ante el despido	Efecto
Despido Arbitrario modalidad Fraudulento	Justicia Ordinaria (Juzgado de Trabajo)	Estabilidad Laboral Relativa	Indemnización
	Justicia Constitucional (Proceso de Amparo)	Estabilidad Laboral Absoluta	Reposición

Fuente: Coaguila Valdivia, Jaime Francisco⁶⁶.

Pese a que, como hemos dicho, nos ocuparemos en su momento de analizar a profundidad los argumentos de la jurisprudencia constitucional para entender no solo como han podido atraer hacia sus fueros la discusión del despido arbitrario sino también para comprender el nuevo esquema procedimental de despidos que proponen, hasta aquí una conclusión cae por su propio peso: si bien el Tribunal Constitucional ha reiterado sucesivamente que estas modalidades de despido arbitrario, el despido incausado y el despido fraudulento, de ser probados en juicio podrán ser objeto de reposición o de indemnización a criterio del trabajador (al elegir la vía procedimental adecuada), el Tribunal no admite que esas son precisamente las características esenciales de un régimen de estabilidad laboral absoluta y simplemente indica que en su interpretación ha tenido la intención de otorgar un mayor énfasis a la protección jurídica del derecho constitucional al trabajo⁶⁷; nosotros decimos, por el contrario, que gracias a esas interpretaciones la estabilidad laboral absoluta está de regreso de

⁶⁶ COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco (2018). “La reposición laboral en vía ordinaria: cambios competenciales en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. Arequipa: Perú. UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTIN DE AREQUIPA. ESCUELA DE POSGRADO.

⁶⁷ “16. En mérito a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.

Esta orientación jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia laboral no conlleva a la estabilidad laboral absoluta, sino plantea el reforzamiento de los niveles de protección a los derechos del trabajador frente a residuales prácticas empresariales abusivas respecto al poder para extinguir unilateralmente una relación laboral.”. Fundamento 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0976-2001-AA/TC, Caso Llanos Huasco, del 13 de marzo del 2003.

una manera más rápida y eficaz que, seguramente, incluso supera el régimen de estabilidad laboral desde sus orígenes.

3.2.3. DESPIDO INDIRECTO O ACTOS DE HOSTILIDAD.

3.2.3.1. DESPIDO JUSTIFICADO O DESPIDO LEGAL.

El despido justo, también llamado despido legal, está regulado en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante también LPCL), en el que se establece la procedencia del despido legal siempre que exista causa justa predeterminada por ley.

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

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

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

Esta causa justa puede ser de dos tipos: la relacionada con la capacidad del trabajador o la relacionada con su conducta:

“Artículo 23.- 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.”

“Artículo 24.- 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.”

En cuanto a la causa justa de despido relacionada con la conducta del trabajador merece tratamiento especial la comisión de falta grave que, por supuesto, está extensa y expresamente mencionada en cuanto a sus causales en la citada norma.

“Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:

- a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo (...);
- b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores (...);
- c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador (...);
- d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador (...);
- e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas (...);

- f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra (...);
- g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias (...);
- h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario (...)."

El despido justo que ha observado las causales antes mencionadas y ha seguido el procedimiento señalado en la misma norma quizás pueda ser objeto de cuestionamiento ante los Juzgados Especializados de Trabajo pero precisamente por constituir un despido legal la demanda será declarada improcedente o infundada y, por consiguiente, no merecerá ni reposición ni indemnización alguna.

3.2.3.2. LA IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO.

La LPCL establece en su artículo N° 36° que el plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y actos de hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho.

Sin embargo, el Pleno Jurisdiccional aprobado por Acuerdo 01- 99 (Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 1999 - Acuerdo N° 01-99 (Caducidad) – Trujillo 14 de agosto de 1999), determinó que el cálculo del período de caducidad establecido en el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728° se realiza en función a días hábiles y no a días naturales (calendario), según la definición de Suspensión del Despacho Judicial contenida en el artículo 58° del Reglamento del Decreto Legislativo No.

728° (D.S. 001-96-TR) concordado con el artículo 247° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La impugnación del despido está referida a la revisión judicial de la gravedad de los hechos cometidos por el trabajador que motivaron la sanción del empleador, correspondiendo durante el proceso al empleador demostrar la causa del despido.

3.2.3.3. LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.

Mediante la “adecuada protección contra el despido arbitrario” la Constitución Política deja abierta a la voluntad del legislador, la forma de establecer cuál es el grado de protección que ha de otorgar al trabajador que sea objeto de un despido arbitrario, teniendo en cuenta que esta protección debe ser “adecuada”, la misma que puede ser la reposición o la indemnización, dependiendo del tipo de despido.

Refiriéndose a la adecuada protección contra el despido arbitrario Luis Vinatea (2004) señala que: “el artículo 27° de la Constitución Política establece que será la Ley la que provea la adecuada protección, y al hacerlo está admitiendo que el grado de protección que corresponda a la violación del artículo 22° no necesariamente será el típico de restitución de un derecho constitucional (retrotraer las cosas al estado anterior de la violación), sino cualquier otro”⁶⁸.

⁶⁸ VINATEA RECOBA, Luís (2004). “La Adecuada Protección Procesal contra el despido Arbitrario: Comentarios a la Sentencia de fecha 13 de Marzo de 2003 emitida por el Tribunal constitucional”. Lima: Perú. Revista Derecho y Sociedad.

3.3. CLASES DE DESPIDO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El artículo 34° de la LPCL prevé como regla el pago de una indemnización cuando el despido es arbitrario (despido causado no acreditado judicialmente, incausado, verbal, etc.). La excepción son los casos donde la legislación, expresamente, concede el derecho de reposición a los trabajadores: son los llamados despidos nulos.

La indemnización esta prevista en el artículo N° 38° de la LPCL, siendo equivalente a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones. Las fracciones se abonan por dozavos y treintavos (se deben observar las pautas de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR, para la determinación de la remuneración mensual). En tal sentido, el pago de la indemnización en un supuesto de despido arbitrario, es independiente del pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En conclusión, podemos señalar que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, y de acuerdo al mandato constitucional establecido en el artículo 27° de la Constitución Política, las causas de despido y el procedimiento para la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador están regulados por la LPCL.

CAPITULO IV

LA ACCIÓN DE AMPARO COMO VÍA PROCESAL PARA LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO FRENTE A LEY N° 29497.

4.1. LA REPOSICIÓN EN LA NUEVA LEY PROCESAL DE TRABAJO LEY N° 29497.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, constituye un cambio favorable al sistema judicial del país, en efecto los empleadores y trabajadores se ven beneficiados porque el proceso será corto, rápido, simple, y primando la oralidad. Los Jueces podrán aplicar sanciones a quienes actúen de mala fe y dilaten el proceso.

La nueva ley procesal del trabajo busca resolver los conflictos laborales a través de procesos judiciales breves, recurriéndose además al apoyo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación extra judicial, la administrativa y el arbitraje que proporciona el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

La aplicación de la presente ley en nuestro país, se viene efectuando en forma progresiva, en la oportunidad y en los distritos judiciales regulados en la Resolución Administrativa N° 232-2010-CE-PJ (01.07.2010). En el Distrito Judicial de Lambayeque entró en vigencia el 02 de noviembre de 2010, siendo sus antecesores los Distritos Judiciales de Tacna (15.07.10), Cañete (16.08.10), La Libertad (01.09.10) y Arequipa (01.10.10).

Un aspecto importante que establece el artículo 5° de la ley es lo relacionado a la determinación de la cuantía, la cual integrada por la suma de todos los extremos contenidos en la demanda, tal como hayan sido liquidados por el demandante. Los intereses, las costas, los costos y los conceptos que se devenguen con posterioridad a la fecha de interposición de la demanda no se consideran en la determinación de la cuantía.

Por su parte la presente ley cuando hace referencia procesal a someter a efectos de la reposición del trabajador a su centro de trabajo, por más intentos de restituir el derecho vulnerado siendo este ocasionado por un despido arbitrario, fraudulento o injustificado, este no se asemeja a la acción de amparo, ya en esta no existe instancia probatoria.

4.2. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE AMPARO.

El Código Procesal Constitucional, aprobado a través de la Ley N° 28237 (31.05.04), regula las llamadas acciones de garantía (Según nuestra Constitución Política), y dentro de ellas el Proceso de Amparo, cuyo proceso tratamos a continuación.

4.2.1. FINALIDAD DEL PROCESO DE AMPARO.

El proceso de amparo, tiene como única finalidad, proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda.

Sólo procede cuando se amenace o viole derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. La acción de amparo procede contra hechos, normas y sentencias judiciales.

En el caso de normas, procede cuando la norma es incompatible con la Constitución.

En el caso de sentencias, procede cuando ha sido dictada con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso.

4.2.2. IMPROCEDENCIA.

El proceso de amparo no procede, entre otros, en los siguientes casos:

- a. Cuando los actos violatorios no son de derechos constitucionalmente protegidos.
- b. Cuando existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.
- c. Cuando el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional.
- d. Cuando no se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos.
- e. Cuando a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;
- f. Cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional.
- g. Cuando ha vencido el plazo para interponer la demanda.

4.2.3. AUSENCIA DE ETAPA PROBATORIA.

Uno de los aspectos más importantes de los procesos de amparo, es que no existe etapa probatoria.

Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso.

4.2.4. MEDIDAS CAUTELARES.

En el proceso de amparo, se puede conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio.

Para ello, se exige apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

4.2.5. DERECHOS PROTEGIDOS EN EL PROCESO DE AMPARO.

Como se ha señalado, la acción de amparo protege o cautela los derechos constitucionales, pero ¿cuáles son estos derechos? Los siguientes:

- a) El de igualdad y de no ser discriminado por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole.
- b) El de ejercicio público de cualquier confesión religiosa;
- c) El de información, opinión y expresión;
- d) El de libre contratación
- e) El de creación artística, intelectual y científica;
- f) El de la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones;
- g) El de reunión;
- h) El derecho al honor, intimidad, voz, imagen y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes;
- i) El de asociación;
- j) El derecho al trabajo;
- k) El derecho a la sindicación, negociación colectiva y huelga;
- l) El derecho a la propiedad y la herencia;
- m) El de petición ante la autoridad competente;
- n) El de participación individual o colectiva en la vida política del país;

- o) El derecho a la nacionalidad;
- p) El de tutela procesal efectiva;
- q) El derecho a la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centro de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;
- r) El de impartir educación dentro de los principios constitucionales;
- s) El derecho a la seguridad social;
- t) El derecho a la remuneración y pensión;
- u) El derecho a la libertad de cátedra;
- v) El de acceso a los medios de comunicación social.
- w) El de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;
- x) El derecho a la salud; y
- y) Los demás que la Constitución reconoce.

No procede en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

4.3. EL PROCESO DE AMPARO Y LAS VÍAS PARALELAS.

La acción de amparo es la acción de garantía más utilizada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo los derechos laborales uno de los más invocados por los demandantes afectados.

Como sabemos, la acción de amparo se interpone contra los actos que vulneren o amenacen derechos constitucionales, teniendo por finalidad el regreso a la situación anterior a la transgresión del derecho constitucional. Con la acción de amparo, el afectado busca la tutela de su derecho lesionado y, si la demanda es estimada por el órgano jurisdiccional, se declara la nulidad del acto que se considera inconstitucional. Dada la fórmula de la Constitución de 1993 numeral 2

del artículo 200⁶⁹ la acción de amparo se puede interponer contra la aplicación de un acto normativo, un acto no normativo del Estado o de particulares, una acción u omisión, un acto jurisdiccional en este último caso, cuando dicho acto contravenga el principio del debido proceso, etc.

En nuestro ordenamiento, pues, puede interponerse La distinción expuesta no es gratuita dado que solamente los derechos de preceptividad inmediata pueden ser tutelados directamente mediante una acción de amparo.

Pero, la sola consagración y/ o desarrollo del derecho ¿basta para que proceda la interposición de una acción de garantía? Conocemos la frase de SAGUES (1988) sobre el particular: el amparo es una vía excepcional, residual, y hasta “heroica”⁷⁰. Este es uno de los puntos más controvertidos de la acción de amparo y está vinculado al tema de las vías paralelas y previas (establecidos en el numeral 3 del artículo 6 y numeral3 del artículo 28 aplicable sólo para la acción de amparo de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, respectivamente).

Por vía paralela, tomando lo dicho por Samuel Abad (1990)⁷¹, entendemos cualquier proceso judicial, diferente del amparo, mediante el cual “Se puede obtener la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado”.

Sobre el particular, el numeral3 del artículo 6 de la Ley N° 23506 dispone:

“No proceden las acciones de garantía:

⁶⁹ La disposición constitucional prevé que "La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular".

⁷⁰ SACUES, Néstor (1988). "Derecho procesal constitucional. Acción de amparo". Buenos Aires: Argentina edit. Astrea.

⁷¹ ABAD, Samuel (1990). "La acción de amparo y vías paralelas". Lima: Perú. En: Lecturas sobre temas constitucionales.

(...) 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria”.

En tanto vía paralela, y no existiendo disposición en contrario, Blancas Bustamante (1991)⁷² entiende que estamos ante vías optativas y, pese a la existencia de un proceso llamado a ser el aplicable, es posible utilizar los mecanismos de garantía constitucional en tanto nuestro ordenamiento no sigue los cánones de la legislación argentina.

Frente a lo expresado, se señala que la acción de amparo sólo procede en la medida en que no exista una vía idónea, capaz de tutelar de manera rápida y eficaz un derecho constitucional afectado. Por lo demás, admitir el carácter optativo de la acción de amparo generaría una “amparización” y ello desnaturalizaría la propia esencia de la acción de amparo, entendida como vía excepcional. En este punto, resulta útil citar a Nestor Sagues (1988):⁷³

“Únicamente es admisible el amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, para atender idóneamente el problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo”.

En todo caso, dentro de la teoría de quienes postulan que la acción de amparo es una vía optativa, debe tenerse en cuenta que ello tenía razón de ser solamente dentro del contexto que imperaba cuando se emitió la Ley de Acción de Amparo y Hábeas Corpus, como apunta García Belaunde.⁷⁴ En ese entonces, las vías ordinarias no brindaban los mecanismos adecuados e idóneos para tutelar la vulneración de derechos constitucionales. En cambio, luego de la emisión de los códigos procesales dentro de ellos, la nueva Ley Procesal del Trabajo y las reformas judiciales, nosotros nos inclinábamos por una variación en

⁷² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. (1991) El derecho de estabilidad en el trabajo. Lima: Perú. ADET-A TC.

⁷³ SACUES, Néstor (1988). “Derecho procesal constitucional. Acción de amparo”. Buenos Aires: Argentina edit. Astrea.

⁷⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1996). "La jurisdicción constitucional en el Perú". Madrid: España. En: AA.VV. La jurisdicción constitucional en Iberoamérica.

la interpretación judicial de tal manera que se adopte el criterio residual de las acciones de amparo frente a la utilización de las vías ordinarias.

El Artículo N° 5 numeral 2 del Código Procesal Constitucional establece entre las causales de improcedencia de la Acción de Amparo que “Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

El Código Procesal Constitucional adopta la tesis de las “Vías paralelas”, es decir aquella según la cual las acciones de garantía, salvo el habeas corpus, tienen un carácter residual, heroico y extraordinario, por lo que sólo proceden a falta de una vía ordinaria que sea capaz de brindar una protección idónea al derecho vulnerado. Es importante, en este sentido, destacar que la postergación del amparo y demás acciones de garantía salvo el habeas corpus, tienen un carácter residual, heroico y extraordinario, por lo que sólo proceden a falta de una vía ordinaria que sea capaz de brindar una protección idónea al derecho vulnerado. Es importante, en este sentido, destacar que la postergación del amparo y demás acciones de garantía, salvo el habeas corpus, en razón de la existencia de una vía ordinaria, no es absoluta sino que está condicionada a la presencia de determinados criterios objetivos, siendo el principal de éstos el que la vía paralela resulte “igualmente satisfactoria” que el proceso de amparo para la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado.

Por ello, de la interpretación a surge el contrario, del numeral 2 del artículo N° 5 del código procesal constitucional, se debe a concluir a favor de la procedencia del amparo constitucional cuando se demuestre que no existen “vías procedimentales, igualmente satisfactorias” para la tutela del derecho afectado, ya que de existir estas quedaría descartado recurrir a la acción de amparo para alcanzar la protección de ese derecho.

4.4. SOBRE QUÉ DEBE ENTENDERSE POR VÍA PROCESAL IGUALMENTE SATISFACTORIA.

Resulta indispensable, por lo anterior, precisar con la mayor exactitud posible, cual es el alcance y la noción de “Vía paralela”, ya que de ello dependerá la correcta determinación de cuando el amparo es procedente o improcedente para la tutela de un derecho fundamental.

Esta noción la de “Vías paralelas”, ha sido desarrollada en el derecho argentino, en el cual se ha considerado, tradicionalmente, que el amparo es un proceso “residual”, “heroico” o “excepcional”, al cual sólo cabe recurrir en ausencia de otra vía procesal idónea para la protección del derecho afectado. En este sentido, el reputado tratadista Sagués (1988)⁷⁵ sostiene que “la acción de amparo resulta (en Argentina, no así en otros países) un instituto excepcional, residual o heroico, como lo llama la doctrina; reservado (dice la Corte Suprema en su actual composición)” “para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales”.⁷⁶

La noción de la vía paralela la precisa Lazzarini: “En principio es vía paralela al amparo todo remedio idóneo que tiene el agraviado para sostener su pretensión jurídica ante la autoridad competente. La existencia de estas vías paralelas o concurrentes, como pueden ser los procesos judiciales ordinarios o especiales, cierran la posibilidad al amparo, puesto que si la ley ha establecido procedimientos hábiles no se puede reemplazar a cualquiera de ellos mediante la elección de la acción de amparo”.⁷⁷

Como lo subraya Lazzarini, la vía paralela, para ser tal, debe constituir un “remedio idóneo” para que el afectado alcance la tutela de su derecho. Por ello, para la jurisprudencia y la doctrina jurídica argentina,

⁷⁵ SACUES, Néstor (1988). “Derecho procesal constitucional. Acción de amparo”. Buenos Aires: Argentina edit. Astrea.

⁷⁶ SACUES, Néstor (1988). *Ibíd.*

⁷⁷ LAZZARINI, José Luis (1987). “El Juicio de Amparo”. Buenos Aires: Argentina. 2da edición. Edit. La Ley S.A.

el criterio para establecer la existencia de una vía paralela y, consiguientemente, excluir la acción de amparo, no es un criterio básicamente formal, con arreglo al cual la mera existencia de otra - u otras- vía judicial ordinaria en la cual pueda plantearse la defensa del derecho lesionado sea argumento suficiente para cerrar la vía del amparo. El criterio al que, en cambio, recurre para establecer si existen vías paralelas es el de la vía idónea para la protección del derecho, el cual alude al hecho de que la vía paralela, es decir, la judicial ordinaria o especial, debe ajustarse a ciertas características para que pueda descartar la acción de amparo, de modo tal, que si no las reúne, esto es, sino no es idónea para la protección del derecho en la misma medida en que lo es el amparo, entonces procede accionar por ésta vía, sin que la mera existencia de otras vías judiciales pueda excluirla.

En este sentido, sostiene Lazzarini que: “La condición suficiente para la procedencia del amparo es la irreparabilidad, que se da ante la inexistencia de otra vía legal, o la imposibilidad de usar esta o la insuficiencia de la misma, y aun cuando haya otras vías paralelas, se daría el supuesto de irreparabilidad, si ellas no fueran reparadoras en la medida en que lo es el amparo”.⁷⁸

Con criterio coincidente, Sagués (1988) afirma que no basta, pues, que haya una vía procesal (de cualquier índole), para desestimar un pedido de amparo: hay que considerar, inexcusablemente, si tal trámite es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo.

Resultaría fácil rechazar una demanda de amparo por la simple razón de existir acciones judiciales y administrativas que contemplaran el problema litigioso, ya que con tal criterio, todo amparo resultaría prácticamente desechable. Lo que debe determinarse, es si tales caminos son efectivamente útiles para “lograr la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”.

⁷⁸ LAZZARINI, José Luís (1987). *Ibídem*.

Para preferir la vía paralela a la acción de amparo, deberá analizarse la eficacia estrictamente procesal de aquellas, esto es, si puede atender a la protección del derecho con la misma urgencia y prontitud de ésta. Al respecto, comentando la reciente norma del código procesal constitucional, Abad Yupanqui indica que: “En definitiva, el juez tendrá que examinar en cada caso concreto si la urgencia de tutelar un derecho fundamental puede ser eficazmente cubierta por un proceso distinto al amparo. Sí es que el juez se percata que, por ejemplo, el proceso contencioso administrativo que cuenta con medidas cautelares es idóneo para tutelar los derechos alegados y su tránsito no producirá un agravio irreparable al quejoso, deberá desestimar la vía del amparo. En todo caso, de existir una razonable a nuestro juicio-podría ser aplicable el principio de favorabilidad y, por tanto, dar cabida al amparo”⁷⁹.

4.5. LA PROCEDENCIA DEL AMPARO EN CASO DE DESPIDO LESIVO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

Tras la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, se produce una importante modificación en lo atinente a los requisitos de procedencia de la acción de amparo, pues éste sustituye el criterio del amparo como vía opcional al proceso ordinario para adoptar la tesis de las vías paralelas, según la cual esta acción no procede si existe una vía ordinaria mediante la cual el titular del derecho afectado pueda defenderlo eficazmente y lograr que se le brinde adecuada protección frente al agravio de sufrido.

En efecto, el artículo N° 6 de la Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, excluía la procedencia de las acciones de garantía, además de aquellos supuestos en que hubiere cesado la violación o amenaza del derecho constitucional o la violación se hubiere convertido en irreparable y contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular, solamente “Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial

⁷⁹ ABAD YUPANQUI, Samuel B (2004). “El Proceso Constitucional de Amparo”. Lima: Perú Gaceta Jurídica.

ordinaria”. Esta posición llevó a considerar que el proceso de amparo se configuraba en nuestro ordenamiento jurídico como una acción alternativa al proceso ordinario, es decir, al que se puede acudir no bien se culmina con agotar la vía previa, y siempre que con él se persiga la protección de derechos reconocidos en la Constitución.⁸⁰

La acción de amparo es la acción de garantía constitucional que se interpone contra los actos que vulneren o amenacen derechos constitucionales, teniendo como finalidad el regreso a la situación anterior a la trasgresión del derecho constitucional. La estabilidad laboral es uno de los derechos más invocados a través de la acción de amparo. En lo referido a las vías paralelas y previas, el Código Procesal Constitucional (CPC)⁸¹, indica que la acción de amparo es residual, Así, el numeral 2 del artículo 5º del CPC prevé como causales de improcedencia de los procesos constitucionales (dentro de los cuales está la acción de amparo): “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2.Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

Por lo que nos encontramos ante una acción de amparo residual. “La acción de amparo sólo procede en la medida en que no exista una vía idónea, capaz de tutelar de manera rápida y eficaz un derecho constitucional afectado.”⁸²

De acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional, a los despidos sin expresión de causa no se aplica la limitación prevista en el Código Procesal Constitucional, ya que no existe vía ordinaria donde pueda alegarse el despido incausado o fraudulento que confiera el derecho de

⁸⁰ STC del 13 de Marzo de 2003, Expediente N° 976-2001-AA/TC (Eusebio Llanos Huasco, Huánuco), Fundamento 3. En la misma sentencia, el TC señala que “En nuestro país, en efecto, el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o extraordinaria a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales”.

⁸¹ Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237 de fecha 28 de abril del 2004

⁸² HARO CARRANZA, Julio Enrique (2003). “Derecho Individual del Trabajo”. Lima: Perú. Edit. RAO.

reposición, pues solo procede la impugnación por despido nulo por causales taxativas contempladas en la Ley. En consecuencia, la vía que sería igualmente satisfactoria sería la del despido nulo que permite la reposición en la vía ordinaria laboral, por lo que no cabría la procedencia de una acción de amparo por causales de despido nulo en tanto que esta vía es residual.

Con los criterios que estableció el Tribunal Constitucional en sus sentencias referidas a la protección contra el despido arbitrario, en donde procede la reposición de un trabajador despedido arbitrariamente, trajo como consecuencia la interposición de una gran cantidad de acciones de amparo por parte de trabajadores incluyendo a los de confianza, lo cual incrementó la carga procesal del Tribunal Constitucional, dejando de lado la impugnación de un despido arbitrario por la vía laboral, ya que ahí solo cabía una reparación indemnizatoria.

Uno de los pronunciamientos expedidos por el Tribunal Constitucional, que ha delineado criterios para comprender los alcances del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y el carácter residual del amparo, es la Sentencia dictada con ocasión del proceso promovido por Cesar Baylón Flores, en donde se estableció: *“Consecuentemente, sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate”*⁸³.

⁸³ Expediente N° 0206-2005-PA/TC. Fundamento N° 6. Rescatado (11/05/2019) en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00206-2005-AA.html>

Como puede apreciarse el Tribunal Constitucional resalta que deberá realizarse un necesario análisis casuístico para determinar cuando la vía judicial ordinaria es igualmente satisfactoria que el amparo, y cuando no lo es.

En conclusión, el proceso de amparo es una vía procesal válida para el tratamiento de temas laborales cuando esté de por medio la violación de un derecho constitucional laboral en el marco de un despido y no exista una vía ordinaria adecuada e igualmente satisfactoria.

4.6. VIABILIDAD DEL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO COMO VÍA IDÓNEA A EFECTOS DE LA REPOSICIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE A LEY N° 29497.

La controversia existente sobre las vías idóneas e igualmente satisfactorias, recae en la actualidad sobre lo que expresábamos anteriormente en el desarrollo de la tesis, por la cual recalco la modificación del artículo 5, numeral 2) del Código Procesal Constitucional, en la cual establece las causales de improcedencia para interponer garantías constitucionales (procesos de amparo y procesos de habeas data), cuya modificación se realizó en el año 2004 y ha hecho hincapié en las diferentes resoluciones en vías judiciales, como también en las resoluciones por el máximo tribunal de constitucionalidad que tiene el país, como es el Tribunal Constitucional. Al poco tiempo de la modificación del artículo del Código Procesal Constitucional, se promulgo la Nueva Ley Procesal de Trabajo – NLPT, donde inmediatamente estuvo vigente en el Distrito Judicial de Lambayeque (Año 2010), siendo el segundo distrito judicial del país, en que se habilito juzgados laborales para atender la demanda, dejándose de lado poco a poco la antigua ley procesal de trabajo N° 26636.

La vigente Constitución peruana de 1993 contempla, en el inciso 2 de su artículo 200, dentro de las “Garantías Constitucionales”, a la acción de amparo, *“Que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás*

derechos reconocidos por la Constitución”, con excepción de los protegidos por las acciones de hábeas corpus (libertad y seguridad personales, y derechos conexos) y de hábeas data (acceso a información pública y protección de la intimidad de datos personales). Agrega la citada norma constitucional que el amparo no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

El fin de la presente tesis, no es desacreditar el debido proceso laboral que se encuentra vigente en algunos distritos judiciales del país y el progreso con la reforma de los procesos laborales actualmente, como es la Nueva Ley Procesal de Trabajo - NLPT (Ley N° 29497); lo que se busca es proteger a la parte trabajadora de un despido sin causa, que no ha sido probada por el empleador y habiéndose agotado todas las vías para la reposición en sede administrativa, sea mediante el Proceso Constitucional de Amparo se restituya al trabajador en el menor tiempo posible, cuando se haya acreditado la vulneración del derecho constitucional del trabajo y no exista discrepancia con el vínculo laboral que ejerzan las partes.

Podemos mencionar que la vigencia de la NLPT nace para que los procesos laborales; en parte, no se *“amparilicen”*, como era común con la Ley N° 26636 (Antigua Ley Procesal del Trabajo) es más con la NLPT los procesos laborales podían ser oralizados, existe una etapa probatoria, etapa conciliatoria y si esta última se frustra, el juez laboral emite su pronunciamiento en la etapa de juzgamiento; por lo cual debemos mencionar que el proceso de amparo no cuenta con una etapa probatoria ni conciliatoria, los jueces civiles que eran competentes para conocer de la controversia de los amparos laborales, podrían resolver la controversia con la demanda interpuesta por el demandante y la contestación de la demanda del demandado y con ambas versiones; el juez emitía una sentencia de la pretensión del demandante solicitaba, en lo cual se podría declarar fundada (o fundada en parte), infundada, es decir el juez civil competente, resolvía sin que el proceso se fije una

audiencia de conciliación, ni alegatos, simplemente los jueces resolvían con la demanda interpuesta por el recurrente y la contestación de demanda del demandado.

Debido a la gran controversia de la viabilidad del Proceso de Amparo Laboral, el expediente 02383-2013-PA/TC, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de julio de 2015, el Tribunal Constitucional estableció los criterios para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, numeral 2, del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, el Tribunal señala que deben analizarse dos niveles para determinar si la materia controvertida puede revisarse o no en sede constitucional:

- a) La perspectiva objetiva, corrobora la idoneidad del proceso, bajo la verificación de otros dos subniveles: (a.1) La estructura del proceso, correspondiendo verificar si existe un proceso célere y eficaz que pueda proteger el derecho invocado (estructura idónea) y; (a.2) El tipo de tutela que brinda el proceso, si es que dicho proceso puede satisfacer las pretensiones del demandante de la misma manera que el proceso de amparo (tutela idónea).
- b) La perspectiva subjetiva, centra el análisis en la satisfacción que brinda el proceso, verificando otros dos subniveles: (b.1) La urgencia por la irreparabilidad del derecho afectado, corresponde analizar si la urgencia del caso pone en peligro la reparabilidad del derecho y; (b.2) La urgencia por la magnitud del bien involucrado, si la magnitud del derecho invocado no requiere de una tutela urgente.

A raíz de la presente sentencia, el Tribunal Constitucional en sus fundamentos realizó connotaciones controvertidas, en lo que expuso: *“En efecto, desde una perspectiva objetiva, el proceso de amparo es la vía idónea para los supuestos de vulneración de derechos laborales en los casos de obreros municipales y similares. Ello es así por la naturaleza breve del mencionado proceso, pues contiene etapas*

*procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carece de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características propias de todo proceso constitucional que se precie de serlo. Es decir, el eje central del razonamiento es la demora de los procesos ordinarios en comparación con los procesos de amparo”.*⁸⁴

En el fundamento 7, del expediente N° 5577-2015-PA/TC el Tribunal Constitucional reconoce las ventajas del Proceso de Amparo en cuestión de tiempo, costos procesales y siendo una vía idónea para ventilar reposición de despido. En el caso en concreto, la sentencia mencionada resolvió declarando fundada la demanda de reposición por despido, en la cual el demandante, un obrero municipal que laboraba en la Municipalidad Provincial de Huánuco, donde indicaba que fue despedido sin causa alguna, declarando la desnaturalización de sus contratos de trabajo. Al interponer la demanda, esta se admite a trámite y se corre traslado a la demandada para la contestación de demanda, quien responde el Procurador Público Municipal en representación de la Municipalidad Provincial de Huánuco contestando la demanda y manifiesta que se debe declarar improcedente la demanda por no contar con los medios probatorios suficientes para acreditar el petitorio sobre la desnaturalización de sus contratos del demandante. En primera instancia, se declara fundada en parte la demanda en lo cual se ordena la reposición del demandante y se declaró improcedente la solicitud del cobro de beneficios sociales a favor del demandante. Mientras tanto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, revoca la sentencia de primera instancia y declara improcedente la demanda, porque expresamente existe una vía igualmente satisfactoria para ventilar el caso.

Ante el fallo de los magistrados de la sala en la sentencia de vista, el demandante acude al Tribunal Constitucional, donde los magistrados que conforman el Tribunal Constitucional han mencionado que los obreros municipales se encuentran en un estado de “vulnerabilidad” y

⁸⁴ Expediente N° 5577-2015-PA-TC. Fundamento 7

“pobreza” que ha tomado en cuenta el Tribunal y expuso que se encuentran expuestos a una precariedad institucional, con las contrataciones fraudulentas con el fin de la devolución de favores políticos, y que a consecuencia busca desconocer sus derechos laborales y la adecuada protección contra el despido arbitrario que les asiste y específicamente en el caso del recurrente se acredita en autos que percibía una remuneración por mil soles. Muy aparte de ello, se aprecia que en la Constitución Política expresa que toda persona tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente sin perjuicio de adquirir seguro médico, seguro provisional y asignación familiar que es de suma importancia para el desarrollo integral de la persona.

Analizando el expediente, se aprecia que el demandante fue un obrero que brindó servicios en una Municipalidad Provincial y conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, el personal obrero de las municipalidades se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada.⁸⁵

El Presidente del Tribunal Constitucional, el magistrado **ERNESTO JORGE BLUME FORTINI** ha mencionado que en algunas ocasiones que no se aplica el Precedente Elgo Ríos recaído en el expediente 02383-2013-PA/TC que expresa: *“Por no existir vía paralela igualmente satisfactoria en el estado en que se encuentra el presente proceso, pues el amparo también puede proceder en tanto se demuestre que el que se encuentra tramitándose ante la justicia constitucional es una vía célere e idónea para atender el derecho del demandante, características que tiene que determinarse no en función de un análisis constreñido al aspecto netamente procedimental diseñado en las normativas correspondientes a cada tipo de proceso, sino en función básicamente de un análisis coyuntural referido al momento de aplicación de la vía paralela. Es decir, si se trata de una vía igualmente satisfactoria, teniendo en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia ante la que se encuentra su causa, ya que, obviamente no resultará igualmente satisfactorio a su pretensión que estando en un*

⁸⁵ Expediente N° 5577-2015-PA-TC. Fundamento 21

proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda condenar al justiciable a iniciar un nuevo proceso en otra vía, lo cual inexorablemente implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos.”

BLUME FORTINI, expresa que el proceso de amparo laboral es una vía idónea y satisfactoria para la tutela del derecho al trabajo frente al despido arbitrario para el sector público, esto aplicando el principio de primacía de la realidad, en lo que con algunas excepciones el proceso de amparo laboral también cumpliría las expectativas para proteger a los trabajadores afectados por un despido arbitrario a trabajadores que laboran en el sector privado.

Por otro lado, el jurista constitucionalista, el magistrado **CARLOS AUGUSTO RAMOS NUÑEZ** emitió un voto en el expediente recaído N° 5577-2015-PA-TC, en la cual expresa la desnivelación de remuneraciones, cuando el trabajador tiene una remuneración neta por debajo del salario mínimo vital o cuando su remuneración básica sea menor que 2 UIT, en lo cual el Tribunal Constitucional si admite a trámite las demandas de amparo cuando el caso en concreto sea un estado de vulnerabilidad, independientemente cuando exista una vía satisfactoria, con el fin de proteger la urgencia de la tutela jurisdiccional. Sin embargo el magistrado **ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA** expreso lo siguiente: *“De otro lado, debe tomarse en cuenta que, en reiterada jurisprudencia y en el mismo caso “Elgo Ríos”, se encontró que el proceso laboral abreviado sí tenía una estructura similar o mejor que la del amparo cuando la pretensión única es la reposición en el puesto de trabajo. Si se pretende señalar algo distinto habría que realizar una nueva comparación que deje sin efecto el análisis que se hizo en aquel momento, o más bien, atender al criterio de tutela idónea (segundo criterio de la perspectiva objetiva), mediante el cual se podría argumentar que el proceso laboral en la práctica no otorga la tutela que aparentemente daría si nos basáramos solo en la ley.”*⁸⁶

⁸⁶ Expediente 5577-2015-PA/TC. Fundamento de voto, N° 04.

Con los fundamentos de los magistrados podemos analizar que la controversia no está en la procedibilidad de los procesos de amparo en el Tribunal Constitucional, sino que esa responsabilidad recae en los juzgados de primer grado, por lo que puedo concluir que el proceso de amparo es una vía idónea que se puede ventilar en primer grado por un juez competente cuando el caso sea por irreparabilidad de la vulneración o la relevancia del derecho.

En la comentada sentencia “*Elgo Ríos*” emitida por el Tribunal Constitucional, se mencionó parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante la Resolución Administrativa de la Sala Plena N° 252-2007-P-PJ, de fecha 30 de octubre de 2007, acordó «recomendar a los distintos órganos jurisdiccionales del territorio de la República en cuyo conocimiento se ponga una demanda de Amparo, tener en cuenta los siguientes criterios establecidos a nivel doctrinario y jurisprudencia' para la determinación de si se está ante una vía "Igualmente satisfactoria":

- Irreparabilidad del daño al derecho invocado si se recurre a los medios ordinarios de protección.
- Probanza que no existen vías ordinarias idóneas para tutelar un derecho (acreditando para ello evaluaciones sobre la rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado)
- Análisis del trámite previsto a cada medio procesal, así como sobre la prontitud de esa tramitación.
- Evaluación acerca de la inminencia del peligro sobre el derecho invocado, la adopción de medidas o procuración de los medios para evitar la irreversibilidad del daño alegado o acerca de la anticipación con la cual toma conocimiento de una causa.

Mediante las causales expuestas por la doctrina podemos indicar que el Proceso de Amparo, satisface la pretensión restitutoria del trabajador ya que el derecho laboral, como en la mayoría de las ramas del Derecho

cuenta con temas complejos y debatibles, que promueven la investigación y solución de controversias en el ámbito, con el único fin de proveer seguridad jurídica a la sociedad.

Para poner la idea del presente trabajo de investigación a la práctica es necesaria realizar modificatorias en el Código Procesal Constitucional para llegar con la finalidad del presente trabajo o en su defecto que el Poder Judicial mediante Resoluciones Administrativas manifestar específicamente los requisitos para que una Litis de reposición laboral de un trabajador, se pueda ventilar mediante un Proceso de Amparo, tal cual como la resolución administrativa emitida por la Corte Suprema para calificación de demandas de amparo laboral.

El Derecho Procesal Laboral es una vía autónoma producto de la evolución iniciado por el Derecho Procesal Civil, que reconoce su autonomía y la defensa del trabajador en cuanto a la vulneración de derechos se refiere. En cuanto al Proceso de Amparo, por Ley N° 26792 de 17 de Mayo de 1997 se otorgó competencia al juez laboral para conocer acciones de amparo de naturaleza laboral; es decir, la Judicatura laboral tuvo competencia para el conocimiento de Acciones de amparo en materia laboral, en corto período del 17 de Mayo de 1997 al 30 de Mayo de 1998. El Código Procesal Constitucional regula este tipo de acción, otorgando la competencia para su conocimiento al juez civil conforme a su artículo 51.⁸⁷

Ante esa falta de sentido común del legislador de tipificar que los procesos de amparo laboral sean de conocimiento de un juez civil, en mi opinión es incongruente; porque es necesario que un juez laboral especializado en la rama sea quien se pronuncie ante la controversia, ante ello con anterioridad existe casos en que las acciones de amparo en materia laboral algunos jueces no manejan los conceptos y principios básicos laborales para tener una acertada opinión de la problemática de

⁸⁷ TUTAYA GONZALES, Cecilia Lucila (2008). "Ante una Nueva Ley Procesal de Trabajo". Lima: Perú. IPSO IURE, Revista Virtual.

las partes, que produce que se realicen anotaciones y argumentaciones constitucionales genéricas, siendo así que en sede constitucional devienen amparables muchos casos cuestionables como lo mencionaba la actual jueza de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, la Mg. Cecilia Tutaya Gonzales.

Por ello es importante y puede ser que con la respectiva modificatoria del artículo 51° del Código Procesal Constitucional, se especifique la competencia de jueces laborales para atender procesos de amparo, y así podemos alcanzar a la justicia oportuna y eficiente que se reclama en la administración de justicia del país.

Así que, soy de la opinión que realizando la debida modificación del Código Procesal Constitucional del artículo 51°, en la cual específicamente indique la competencia de los jueces laborales sean competentes para atender las acciones de amparo en los juzgados de primera instancia sea idóneo porque se reduce el tiempo y se protegería al trabajador frente a un despido arbitrario que labora subordinariamente en el sector privado, en lo cual es importante resaltar que cuando haya recursos de apelación de las sentencias que emita el juez laboral de primer grado en el proceso de amparo, el expediente sea elevada igualmente en la Sala Laboral donde corresponda.

4.6.1. PROPUESTA A EFECTOS DE LA ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO

4.6.1.1. MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 2 DEL ART.5 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

Como ya se ha hecho de mención en la parte introductoria de la presente tesis, cuando hablamos de nuevas figuras o de un cambio institucional producto de la acción humana en conjunto de nuevas manifestaciones sociales normativas, las instituciones incluyen todo tipo de limitación que los humanos crean para dar forma a la interacción de los mismos, como es

de mención por Douglass G.North⁸⁸ *Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, por lo cual es la clave para entender el cambio histórico.*

La controversia de la presente tesis versa en cuanto si es viables la reposición de un trabajador a su centro de trabajo mediante el proceso constitucional de amparo teniendo en consideración que dicha reposición también sería factible por la Ley Procesal de Trabajo Ley N° 29497, por lo que nos encontraríamos ante dos vías idóneas y supuestamente igualmente satisfactorias a efectos de la reposición del trabajador.

La vigente Constitución peruana de 1993 contempla, en el numeral 2 de su artículo 200, dentro de las “Garantías Constitucionales”, a la acción de amparo, “*Que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución*”, con excepción de los protegidos por las acciones de hábeas corpus (libertad y seguridad personales, y derechos conexos) y de hábeas data (acceso a información pública y protección de la intimidad de datos personales). Agrega la citada norma constitucional que el amparo no procede contra normas legales ni contra

⁸⁸ G.NORTH Douglass. (1993). "Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico". México: Fondo Cultura Económica.

resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

Por otro lado el numeral 2 del art. 5 del Código Procesal Constitucional cita: “Artículo 5.- Causales de improcedencia. No proceden los procesos constitucionales cuando: 2) Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”, el presente artículo, artículo base de la presente tesis, da carta abierta a interpretaciones ambiguas en cuanto a la viabilidad del proceso constitucional de amparo como vía satisfactoria a efectos de la restitución del trabajador a su centro de trabajo frente a la Ley N° 29497, siendo que en ocasiones algunos magistrados califican como vía igualmente satisfactoria para la reposición del trabajador a la ley procesal de trabajo desestimando al proceso Constitucional de Amparo para tales efectos, lesionando así con esto el derecho fundamental al trabajo, siendo que el Proceso Constitucional de Amparo, resulta una vía más idónea a efectos de la reposición del empleado a su centro de trabajo debido a su carente instancia probatoria y a su naturaleza resarcitoria de derechos fundamentales respaldados por Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, hechos por los cuales resulta necesario modificar el numeral 2 del art.5 de Código Procesal Constitucional para evitar cualquier ambigüedad en cuanto a la interpretación de dicho numeral y así no verse vulnerado el derecho fundamental antes mencionado.

A nuestro criterio después de haber descrito y analizado los capítulos que anteceden al presente punto acápite nuestra propuesta de modificación del numeral 2 del art.

5 a efectos de una mejor aplicación del mismo y no verse vulnerado el derecho fundamental del trabajo tendría que plantearse de la siguiente manera:

Texto original del artículo:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus....”

Propuesta de modificación:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. **Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus y/o procesos de amparo de competencia laboral cuando se pretende restituir el derecho urgente y vulnerado.**

4.6.1.2. LINEAMIENTOS A SEGUIR EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN PARA LA ADMISIÓN DE LA ACCIÓN DE AMPARO.

A consecuencia de lo expuesto en los puntos acápite que anteceden a este, en el presente trabajo de investigación trae consigo propuestas para que la reposición por despido arbitrario ante un trabajador pueda ser admitido en un Proceso de Amparo Laboral bajo las siguientes causales que se describen a continuación.

a) **CUANDO LA REMUNERACIÓN MÍNIMA VITAL (RMV) SEA MENOR DE 2 UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS - UIT.**

En el Perú existe una desnivelación salarial, aplicable para el sector público y privado en lo cual es necesario y justo que se evalúe la homologación de salarios del personal en el sector privado, este sin perjuicio que recibir una sanción administrativa por parte de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL por tal discriminación salarial, según sea el caso en concreto.

La valorización de labores en el centro de trabajo, no debe regirse ni por la distinción de género, esto no aplica para que varones y mujeres ganen más o menos y viceversa; todo trabajador que realice actividades subordinadas, remuneradas y cumpliendo un horario de trabajo con una jornada de 8 horas diarias o 48 horas semanales establecido tienen el total derecho de recibir una remuneración equitativa y que hayan superado el periodo de prueba (Mas de 3 meses), sin discriminación alguna.

Tras la denuncia voluntaria del expresidente Pedro Pablo Kuczynski, en el último día de su gobierno

aprobó el aumento de la remuneración mínima vital, donde el sueldo mínimo pasó de S/850 a S/930 en el Perú. Este incremento se vio reflejado en el sueldo de los peruanos a partir del 1 de abril de 2018.

Es importante tomar en cuenta que el aumento de sueldo en el sector privado es previamente analizado por el Poder Ejecutivo y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con el fin que con que con su salario los peruanos podemos acceder a una remuneración digna y equitativa.

Hasta los años 90, el sueldo mínimo en el Perú era de S/ 38 soles, a finales del 99 el salario se elevó a S/ 345. Estos son los cambios que ha sufrido el sueldo mínimo en Perú desde el inicio de este siglo.⁸⁹

- **10 de marzo del 2000:** El ex presidente Alberto Fujimori aumentó el sueldo mínimo a los trabajadores del sector privado. La RMV, que no subía desde 1997, pasó de S/345 a S/410.
- **15 de setiembre del 2003:** El ex presidente Alejandro Toledo elevó la RMV a S/460. Este incremento representó más del 12%.
- **01 de enero del 2006:** El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante Resolución Ministerial, dictó las normas que sean necesarias para la aplicación de la misma. El sueldo mínimo se incrementó a S/500.
- **01 de octubre del 2007:** Durante el segundo gobierno de Alan García, se dictó el Decreto

⁸⁹ GESTIÓN, Revista Virtual (2019).” ¿Cuál es el sueldo mínimo en el Perú y cómo ha evolucionado en el tiempo?”. Lima: Perú. rescatada el (11/05/2019) en: gestion.pe/tu-dinero/finanzas-personales/sueldo-minimo-peru-aumento-nnda-nnlt-252048

Supremo N° 022-2007-TR que especificaba que el salario se incrementaría en 30 soles (S/530). Tres meses después (enero de 2008) alcanzaría los S/550 soles mensuales.

- **01 de diciembre del 2010:** Un año después, la Remuneración Mínima Vital alcanzó la suma de S/580.
- **01 de febrero del 2011:** Al término del mandato del ex presidente Alan García, se aplicó la segunda parte del incremento y el sueldo mínimo llegó a S/600 solo para los trabajadores del sector privado.
- **15 de agosto del 2011:** En el primer mes del gobierno del expresidente Ollanta Humala se oficializó el incremento de la RMV en S/75, aumento que se concretó en octubre de ese año, de modo que el sueldo mínimo cerró en S/675.
- **01 de junio del 2012:** Un año después de iniciar su mandato, Ollanta Humala dictaminó que la RMV sería de S/.750.
- **30 de marzo del 2016:** Antes de finalizar su gobierno, Humala anunció el incremento del sueldo mínimo a S/850 a partir del 1 de mayo.
- **21 de marzo del 2018:** Como último acto en el cargo de Presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski aprobó el incremento del sueldo mínimo de S/850 a S/930 aplicable desde abril de ese año.

Teniendo en cuenta que la remuneración básica en el Perú, es una de las más bajas dentro de la región y de América Latina, siendo entendiblemente lo difícil que es en el país acceder a la justicia cuando un trabajador que labora bajo el régimen privado es despedido sin

justificación alguna cuando labora con un sueldo mínimo.

En la presente propuesta, expresamos que cuando un trabajador es despedido y en sus boletas de pago acredite la remuneración que percibe y sea un monto menor por S/2 100 soles, (lo que equivale 2 Unidades de Impositiva Tributaria - UIT) puede acceder al proceso de amparo laboral para que de manera rápida y eficaz pueda ser repuesto al trabajo realizando las actividades iguales o parecidas que desempeñaba antes del despido.

En varios países latinos, el salario que recibe un trabajador es de acuerdo a la ocupación que desempeña la persona, correspondiendo el mínimo a trabajadores en ocupación no calificada, con retribución diaria, y calculando el cómputo mensual sobre una base de 26 días; como es el caso específico de Costa Rica, donde su salario mínimo es el más alto de Centroamérica percibiendo \$ 513 dólares americanos aproximadamente.⁹⁰ En países sudamericanos como Uruguay, Chile, Ecuador, Paraguay, Argentina y Bolivia su remuneración mínima al trabajador es superior a la actual remuneración mínima vital peruana.

Es preciso indicar que la Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social afirmó en la sentencia recaída de la Casación N° 16927-2013-Lima, que para constatar si efectivamente existe discriminación salarial se tienen que evaluar, entre otros aspectos: i) la empresa proveniente; ii) la trayectoria laboral; iii) las

⁹⁰ “Decreto N° 41434-MTS”. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Costa Rica) (La Gaceta Diario Oficial). 18 de diciembre de 2018. Rescatado el (11/05/2019) en: https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Salario_m%C3%ADnimo_en_Per%C3%BA

funciones realizadas; iv) la antigüedad en el cargo y la fecha de ingreso; v) el nivel académico alcanzado y la capacitación profesional; vi) la responsabilidad atribuida; y vii) la experiencia y el bagaje profesional.

La Corte Suprema enfatizó que no era suficiente que solo algunos de estos supuestos no coincidan para determinar la homologación salarial, sino además que tal diferencia exceda la razonabilidad en la toma de decisiones. ¿Eso sería un percance más para evitar la homologación de sueldos de los trabajadores en el sector privado?

Es importante que las causales que ha emitido la Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, haya realizado tales aspectos, debemos revisar el caso concreto. Es decir, si el trabajador percibe una remuneración mínima vital y sufre un despido inesperado recurre al Proceso de Amparo para solicitar la reposición, sin el perjuicio de posteriormente solicitar la debida homologación de su sueldo cuando cumpla con los requisitos expuestos en la casación de la Corte Suprema. Precizando a su vez, que tal medida no perjudica ni aísla a un trabajador que perciba un monto menor de S/ 2000 soles, pueda recurrir al Proceso de Amparo.

En mi punto de vista, un trabajador que trabaja 8 horas diarias, de manera subordinada y con un salario mínimo de S/ 2 100 soles, y sufre el despido de su empleador sin causa justificada, puede interponer el Proceso de Amparo para ser repuesto y realizar sus labores que realizaba antes del despido arbitrario, esta vía *“protegería”* el derecho vulnerado como es el

derecho al trabajo, la misma que califica para que sea una vía satisfactoria para la reposición del trabajador.

b) CUANDO EL DESPIDO ARBITRARIO SUFRIDO EN AGRAVIO DEL TRABAJADOR URGE UNA TUTELA RÁPIDA, EXPEDITIVA Y TESPESTATIVA POR IRREPARABILIDAD DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

Una cuestión principal para establecer pautas cuando se pronuncian sobre la urgencia de una tutela rápida, expeditiva y tespetativa entre derechos fundamentales de un trabajador y la relación de trabajo que se desenvuelve en el sector privado reside para determinar si estos derechos recaen sobre particulares, es decir si es celebrado por personas jurídicas o naturales que son establecidas al amparo de la libertad de contratación y del principio de la autonomía de la voluntad.

La “*constitucionalización*” del Derecho del Trabajo supone la incorporación al listado de los derechos fundamentales de un conjunto de derechos relativos al trabajo. Entre los más frecuentemente enumerados en las constituciones figuran el derecho al trabajo, la libertad sindical, el derecho de huelga y a la negociación colectiva, el derecho a una remuneración justa, a la igualdad de trato y no discriminación, a la jornada de trabajo, a la protección contra el despido y algunos otros.⁹¹ Todos los mencionados son derechos laborales a favor de trabajadores que se encuentren bajo la subordinación del empleador.

⁹¹ CARRILLO CALLE. Martín (1993). “Los Derechos Laborales en la Constituciones Hispanoamericanas: bases para un Estudio Comparado”. Lima: Perú. En: Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Lima: AA VV, Asociación Laboral para el Desarrollo.

Según el abogado laboralista **CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE** indica, que la Constitución peruana contiene un conjunto amplio de normas relativas al trabajo que podemos agrupar en la siguiente forma:

a) Normas generales de protección: El deber y derecho al trabajo, la protección prioritaria del Estado al trabajo de la madre, el menor de edad y el impedido, el fomento del empleo productivo y la educación para el trabajo, la libertad de trabajo y la prohibición de que la relación de trabajo limite el ejercicio de los derechos constitucionales o desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.

b) Principios de la relación laboral: Igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, e interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

c) Derechos Individuales: El derecho a una remuneración equitativa y suficiente y a la remuneración mínima, la limitación de la jornada de trabajo y el derecho al descanso semanal y anual remunerado, el derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario y el derecho a la participación en las utilidades de la empresa y a otras formas de participación que promueva el Estado; y

d) Derechos Colectivos: Libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y fuerza vinculante de la convención colectiva de trabajo y el derecho de huelga.

Posteriormente, tales derechos adquieren un rango constitucional; sin embargo que además de los derechos específicamente laborales reconocidos en las constituciones, existen otros derechos fundamentales.

La tutela rápida no es más que, una tutela judicial efectiva, un derecho constitucional en la cual recae en toda persona ya sea natural o persona jurídica para que pueda ejercer su libremente la defensa de sus derechos y de sus intereses que le corresponde con la finalidad que forma expeditiva se solucione una controversia con la urgencia que se requiera y llegar a la solución del conflicto con la esperanza de lograr alcanzar la justicia a su medida.

Y por último es importante mencionar sobre la irreparabilidad de derechos constitucionales, en este punto considero que es improcedente el Proceso de Amparo ante el cambio de situación jurídica del trabajador o en casos en que dentro del procedimiento administrativo fue repuesto a su puesto de trabajo o similares. Sino recae ninguna irreparabilidad de derechos constitucionales protegidos, califica para que en sede judicial, mediante un Proceso de Amparo sea repuesto a su centro de trabajo.

Para culminar es conveniente indicar que cuando se tenga a la vista en sede judicial el caso concreto de un trabajador en la cual fue despedido de manera injusta y se requiera tutelar el derecho vulnerado, como el Derecho al trabajo y se pueda acreditar que el trabajador necesite de una tutela rápida, expeditiva y tespestativa por irreparabilidad de derechos constitucionales podemos demandar la acción

restitutoria ante el Juzgado competente de primer grado para volver al centro de trabajo y seguir cumpliendo con nuestras funciones y así como también no exista prueba en contrario del vínculo existente del empleador y trabajador.

c) **CUANDO EL EMPLEADOR EN ABUSO DE AUTORIDAD, HAYA REALIZADO DESPIDOS MASIVOS SIN CAUSA JUSTIFICABLE.**

En agosto del año 2018, en la Ciudad autónoma de Buenos Aires, en Argentina una empresa dedicada al periodismo realizó despidos masivos de periodistas, reporteros, redactores, etc con la única explicación por parte de sus directivos que comunicaron, que la sede central del medio de comunicación iba a cerrar sus funciones definitivamente. Un caso similar de despido masivo también se sufrió en el Perú, cuando el popular programa radial de RPP despidió a un grupo de trabajadores, quienes cesaron sus actividades y fueron despedidos bajo el argumento de la crisis económica que sufría en el conglomerado mediático, en la cual la Asociación Nacional de Periodistas del Perú se pronunció e indicó que los despidos son producto del precario sistema laboral que existe en el país.

Así mismo mencionaron que la ola de despidos se suma por los despidos producidos por el Diario “*El Comercio*”, tal cual como paso con los despidos masivos de los trabajadores de Panamericana Televisión, sin importar la carrera profesional de reconocidos periodistas y el aporte de liderazgo en sus respectivos medios de comunicación y así también podemos mencionar entre otros despidos los que sufrieron los choferes del Metropolitano de Lima por las

mismas causales, en marzo del 2018 por el cual podemos afirmar que el despido masivo vulnera el derecho al trabajo del trabajador. La crisis económica que sufren las empresas no es causal para reducción de personal ni de despidos masivos sin una debida justificación legal, la entidad que desea extinguir sus actividades ya sea por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, se tiene que realizar un procedimiento para que se liquide la persona jurídica que representa el empleador, despedir a los trabajadores sin una causa justa conlleva a ir a vías judiciales para declarar la nulidad del despido.

Se ha establecido parámetros en la cual el empleador puede realizar despidos masivos o colectivos por causa prevista por la ley, es decir; se justifica el despido masivo de trabajadores cuando sea menor de 10% o cuando la empresa se ha declarado en quiebra judicialmente y estar debidamente inscrito en el Registro de Personas Jurídicas en la Oficina Registral correspondiente, y así como su liquidación de los bienes y servicios que ofrecía la entidad para finalizar sus funciones.

Por otro lado, el Decreto Supremo N° 013-2014-TR, en la cual facilita los despidos masivos por causal económica y que fue promovido esta disposición en el gobierno de Ollanta Humala, en la cual el Estado regulaba el crecimiento y la estación económica de las empresas para evitar que las grandes empresas tengan un accionar abusivo en contra del trabajador, para que con ello conlleve un mercado laboral eficiente y en la presente medida indicaba que cuando las partes estén en desacuerdo de la decisión a tomar, pueden recurrir

a un arbitraje potestativo, sólo en el escenario de despidos colectivos por situación económica. El arbitraje podía ser una solución pero no del todo, si la empresa puede acreditar la alta demanda de sus servicios y si realiza los despidos masivos solo para reducir costos, son despidos netamente fraudulentos, que indiscutiblemente los trabajadores despedidos pueden solicitar la reposición, pero siempre respetando el caso concreto.

En 2015, el Parlamento presento un Proyecto de Ley N° 4008, donde proponían reducir los sueldos a los trabajadores, así como también derogar el Decreto Supremo N° 013-2014-TR que se mencionaba en el párrafo anterior; el proyecto de ley era tan inconstitucional que la población salió a las calles a protestar por la medida de reducción de sueldos de los trabajadores en el país, a pesar que la remuneración mínima en aquel entonces era de S/ 850 soles, está vigente el D.S N° 013-2014-TR que les da facilidades de despedir colectivamente a trabajadores por la excusa de la estabilidad económica que puede pasar la empresa y aun así sus directivos al amparo de esta ley, pueden realizar despidos masivos en agravio de los trabajadores.

Por el cual, si en sede judicial podemos acreditar el despido colectivo de trabajadores sin una razón justificable y que se hayan agotado las instancias administrativas correspondientes y que el trabajador sea despedido sin causa justa, considero que el Proceso Constitucional de Amparo es una vía idónea para ventilar el despido y que el amparable sea

repuesto y retorne a sus actividades laborales que realizaba.

d) CUANDO EL EMPLEADOR DESPIDA A UNA MUJER POR RAZONES DE MATERNIDAD, AFILIADOS A SINDICATOS Y/O DIRIGENTES SINDICALES Y A PERSONAS MINUSVÁLIDAS.

Cuando se despide a una mujer en gestación o por maternidad, en casos de trabajadores que se afilian a sindicatos y/o dirigentes sindicales para reclamar a base de derechos al trabajo y despidos a personas minusválidas, la ley los denomina como despidos nulos y se puede impugnar en vía judicial si ha sido de manera arbitraria.

Precisamente este ítem tratamos de explicar doctrinalmente porque estas causales pueden recurrir al Proceso Constitucional de Amparo, para garantizar la reposición del trabajador y proteger los derechos vulnerados.

- **Despido nulo a una mujer por causa de maternidad, estado de gestación y/o lactancia de la madre trabajadora.**

Para que el Estado pueda reconocer y proteger los derechos laborales a favor de las madres gestantes, se tuvo que luchar para que sean reconocidos; década tras década, y para poder recibir derechos; tales como licencias por maternidad, descanso pre y post natal, subsidios de maternidad, permisos de lactancia materna, a favor de la mujer que se convierte en madre y pueda gozar de tales derechos para disfrutar la etapa de la maternidad. En 1996, el Estado

reconoció el descanso pre y post natal, o hasta el 2001 el permiso por lactancia materna.

Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo – OIT recomienda que una mujer debe de gozar de todos sus beneficios laborales por el estado en que se encuentre, así como también recomienda que la madre trabajadora pueda cumplir con 16 semanas de licencia de maternidad, sin materia de descuento alguno tal como lo regula la Ley N° 30367 que regula la maternidad con licencia en el Perú.

Según el abogado laboralista **MAURO UGAZ**, asegura que: *“La maternidad implica un desgaste físico y mental, ante lo cual se requiere una adecuada protección, tanto para el niño como para la madre, a efectos de garantizar las responsabilidades tanto laborales como familiares. Es en este sentido que la legislación en la materia ha previsto otorgar dicho beneficio”*.

Los despidos en perjuicio a una mujer por el estado de gestación que se encuentra, la maternidad y la lactancia para el bebe son denominados despidos nulos.

Los despidos por causa de maternidad o por gestación, siempre ha sido un tema discutido en sede judicial, el reconocido abogado laboralista **TOYAMA MIYAGUSUKU**, menciona que en un principio la LPCL⁹² solo contemplaba que el

⁹² LPCL. Artículo 29, inciso e) El embarazo si el despido se produce dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto.

despido nulo en agravio de una mujer gestante se producía cuando el cese se efectuaba dentro de los 90 días anteriores o posteriores al parto; sin embargo, con la modificación mediante la Ley 30367 se incluyó nuevos presupuestos para la configuración de este tipo de despido, quedando actualmente establecida de la siguiente manera: *“El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa)⁹³ días posteriores al nacimiento”*. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente numeral es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa (Artículo 29, literal e) de la LPCL)⁹⁴.

La finalidad de este numeral es proteger a la trabajadora en su rol como madre gestante, la misma que además de contar con un respaldo legal, tiene una protección constitucional, considerándose como una acción prioritaria para el Estado, conforme se muestra a continuación:

“Artículo 23.- El Estado y el Trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención

⁹³ Ley 30367. Artículo 2. Modificación del artículo 1 de la Ley 26644.- “Artículo 1.- Precisase que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días d descanso postnatal (...)”.

⁹⁴ Ley 30367. Artículo 1. Publicada el 25 de noviembre de 2015. Inciso e) modificado.

prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan".⁹⁵

En esa misma línea, y a través de diversos instrumentos internacionales⁹⁶, la situación de la trabajadora como madre gestante se encuentra respaldada en su periodo de gestación, durante el parto e inclusive en el periodo de lactancia; esto quiere decir que el Estado, además de proteger la situación de gravidez de la madre, extiende un periodo adicional de protección para evitar cualquier tipo de perjuicio que se pueda ocasionar a la trabajadora por su misma condición, por ello considera como plazo de protección hasta un año contado después del parto. En atención a lo expuesto, los presupuestos que deberían considerarse para estudiar esta causal se señalan a continuación:

- a) La existencia del estado de gestación de la trabajadora.
- b) Comunicación al empleador sobre el estado de gestación.
- c) Notificación previa al momento del despido.
- d) Notificación formal (por escrito).

Esto significa que, para argumentar la nulidad de despido por esta causa, no basta que la trabajadora se encuentre en estado de gestación, sino que además se comunique de forma previa y

⁹⁵ Constitución Política del Perú. Artículo 23

⁹⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Convenio sobre la Protección de la Maternidad.

escrita al empleador. Sin embargo, tal como lo veremos en la siguiente parte de este trabajo, criterios jurisprudenciales de las resoluciones de la Corte Suprema, indican que dicha obligación se enerva en los casos que la gestación sea evidente a simple vista de cualquier persona, porque claro y visiblemente cualquier persona se puede percatar del embarazo de una mujer, por el crecimiento del bebe.

Además es necesario precisar que, la doctrina ha establecido que el despido nulo a causa del despido de una mujer gestante se puede resarcir el daño mediante dos modalidades: a) acción resarcitoria, b) acción restitutoria. Adicionalmente, el Artículo 29º inciso e) del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Supremo 003-97-TR). En la cual precisamos que lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”.

A diferencia del despido arbitrario que no califique como nulo, cuya materialización faculta al trabajador a optar entre demandar la protección resarcitoria (indemnización) o la protección restitutoria (reposición laboral), el despido nulo acarrea per se sólo la posibilidad de demandar la protección restitutoria (reposición laboral), ya sea en sede laboral o en sede constitucional, pero el Artículo N° 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo (Decreto Supremo 003-97-

TR) establece que si se demandó la nulidad del despido en sede laboral puede optarse en ejecución de sentencia por el pago de la indemnización en lugar de la reposición.⁹⁷ Lo que estoy coincido con lo dispuesto por la norma.

Existen normas en el país, que protegen la salud y el desarrollo normal del embrión y el feto a favor de la madre gestante y trabajadora, como lo es la Ley N° 28048 norma vigente hasta la fecha por el gobierno del ex Presidente Alejandro Toledo, lo cual regula la debida protección a la mujer gestante por el empleador y así como también el Decreto Supremo 009-2014-TR, en concordancia con la ley. Siguiendo el ejemplo podemos expresar que si el empleador a sabiendas que la mujer se encuentra en estado de gestación y sufre el despido sin ninguna causa justificable podemos recurrir al Proceso de Amparo, ya que en diversa doctrina jurisprudencial pueden ser repuestos.

- **Despido a causa de afiliación de sindicatos y/o maltrato y despido a dirigentes sindicales.**

Los sindicatos en el Perú nacen para apoyar, resguardar y defender los intereses laborales de los trabajadores para ayudar a un sector explotado y quienes lo integran tengan un vínculo laboral con el empleador y/o la entidad correspondiente.

En nuestra Constitución Política actual, el artículo N° 27 reconoce lo siguiente: *“El Estado reconoce la*

⁹⁷ DEL AGUILA VELA, Roberth (2013), “Embarazadas: Protección contra despido opera luego de periodo de prueba (Sentencia N° 2456-2012-PA7TC). Lima: Perú. Edit. LABORAPERU. rescatado el (17/05/2019) en: <http://www.laboraperu.com/comentarios-sentencia-02456-2012-aa-tc.html/>

libertad de asociarse y la de contratar. Las condiciones de su ejercicio están regidas por la ley.”

Los miembros de un sindicato se reúnen con el fin de exigir un salario justo, siempre mejorar las condiciones de trabajo, un trabajo estable para las personas que ofrecen servicios ante una institución, mejorar las reivindicaciones sociales y económicas y la democratización de la sociedad.

Conforme al siguiente ítem, se desglosara para explicar porque se considera que el despido sindical sea mediante una reposición mediante un Proceso de amparo laboral.

a) La simple afiliación a un sindicato no es causal de nulidad de despido.

El despido a causa de afiliación sindical y/o por ser dirigente del sindicato ya sea en entidades públicas y privadas son también despidos nulos, en la cual el trabajador puede solicitar la acción restitutoria. La expresión literal de esta causal señala que la afiliación a un sindicato es una causal válida para la configuración de un despido por nulidad; sin embargo, la simple configuración no se encuentra enmarcado en este supuesto, toda vez que para su aplicación se requiere que el trabajador, además de afiliarse tenga cierto margen de actividad en contra del empleador; es decir que haya ejercido algún tipo de acción que genere certeza que el despido se debe a dicha condición como afiliado la Corte Suprema ha considerado en el extracto

de la resolución mostrada a continuación: (...) en tal sentido analizando el inciso a) del artículo 29 del Decreto Supremo N 003-97- TR, se advierte la existencia de dos supuestos de hecho: El primero, la afiliación del trabajador a un sindicato, el que interpretándolo en forma sistemática y no aislada, debe entenderse que no se trata de la simple afiliación a un sindicato, sino que, además debe existir un mínimo de acción que se haya dirigido en contra del empleador, en otras palabras, que el trabajador además de afiliarse a un sindicato vaya contra los intereses del empleador y como resultado de ello se le despida (...)”⁹⁸

Como puede apreciarse, en este caso, si bien la LPCL solo ha establecido como causal de nulidad de despido la afiliación al sindicato; por su parte, la Corte Suprema ha realizado una interpretación sistemática, extendiendo un mayor alcance a lo establecido; en tanto ha considerado que no basta que el trabajador se afilie a un sindicato para imputar una nulidad de despido, sino además que la afiliación haya generado el despido, es decir, debe demostrarse un nexo causal entre la afiliación y el cese del trabajador.

b) La condición de dirigente sindical como único elemento no es determinante para un despido.

Usualmente el dirigente sindical tiene una participación activa en las actividades sindicales,

⁹⁸ Casación Laboral, Expediente N° 3380-2011 - Lima.

sin embargo no necesariamente esta afirmación es la regla general, toda vez que existen otros supuestos donde el trabajador, pese a tener la condición de dirigente sindical, no ejerce ningún tipo de participación sindical, y que solo es elegido por un tema formal, en cuyo caso el trabajador despedido no podría demandar judicialmente la nulidad de despido por esta causal; conforme lo ha establecido la Corte Suprema en el siguiente enunciado: *“Las sentencias contienen vicios insubsanables, pues al amparar la demanda se debió explicar y señalar cuáles son las razones por que se habría producido la nulidad de despido del actor siendo necesario subrayar que sí en un proceso judicial, como en el presente caso, se establece la calidad de dirigente sindical del demandante; ello no constituye elemento suficiente por sí solo para declarar el despido como nulo; sino es un indicio más que confrontado con otros puede coadyuvar para determinar la nulidad o no del despido”*⁹⁹.

En ese sentido, no basta la sola representación del trabajador como dirigente sindical, sino que además se requiere acreditar con elementos suficientes que el motivo de su despido se debió a su condición sindical; es decir, garantizar que debido al cargo ostentado el trabajador fue despedido.¹⁰⁰

⁹⁹ Casación Laboral, Expediente N° 157-2006 - Santa

¹⁰⁰ Casación Laboral, Expediente N 889-2012 - La Libertad. “(...) no basta la sola condición de dirigente sindical sino que (...) se exige que se aporten otros elementos de prueba (...) que refuercen la invocación de la nulidad del despido por invocación al derecho de libertad sindical”.

De esa forma, la sola alegación de ostentar un cargo de dirigente sindical no faculta al trabajador a solicitar su reposición alegando una nulidad de despido, sino que además se requiere que el órgano jurisdiccional fundamente que dicho dirigente realizaba actividades sindicales, y que producto de dichas actividades el empleador lo despidió, es decir, la determinación de la causa-efecto. Sin embargo, en el siguiente caso el juzgado solo se limitó a determinar que si existía una nulidad de despido por su condición sindical, cuando en la realidad el trabajador, inclusive en los argumentos de su propia demanda, argumentó que era un ex dirigente sindical. Por ello, la Corte Suprema, al considerar que no se había determinado su accionar en actividades sindicales, determinó que no existía nulidad de despido, según se muestra del siguiente extracto de la resolución:

“(...) toda vez que no es suficiente para que se declare fundada la demanda de nulidad de despido que el trabajador demuestre que es dirigente sindical, tal como lo señala la Casación 157- 2006- Del Santa; tanto más, si el mismo actor ha reconocido en su demanda que se trata de un ex dirigente sindical que desempeñó los cargos de Secretario General, Secretario de Organización y Secretario de Defensa del Sindicato Obrero de la Compañía Minera Agregados Calcáreos Sociedad Anónima, hasta el mes de noviembre de dos mil nueve. Duodécimo.- Por tanto, al haberse amparado la demanda de nulidad de despido, sin la expresión

*de las “actividades sindicales”, o los indicios que sustentan la declaración de nulidad del despido, así como la relación causa-efecto originada entre la actividad sindical y el acto del despido.*¹⁰¹

Si bien el despido injustificado de un dirigente sindical es el supuesto más conocido en este tipo de causales de nulidad de despido, también cabe mencionar que existen otros trabajadores, tal como lo señala la Ley 25593 - Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, quienes sin ostentar el cargo de dirigentes se encuentran protegidos por el fuero sindical¹⁰², como aquellos que se encuentran en proceso de formación de un sindicato; y, por ello, en caso se cuestione la representatividad del sindicato, la Corte Suprema ha considerado que dicha situación no perjudica la representación que ostenta el trabajador. Por dicha razón, a pesar que el trabajador no tenía ningún cargo en la dirigencia sindical al momento del despido, la Corte Suprema consideró que se encontraba enmarcado dentro de un supuesto de nulidad de despido, conforme se aprecia a continuación: “(...) el que exista controversia judicial sobre la representatividad del Sindicato, no enerva la protección constitucional del actor a no ser despedido por sus actividades sindicales, tanto

¹⁰¹ Casación Laboral, Expediente N° 7220-2012 - Lima Norte.

¹⁰² Decreto Supremo 010-2003-TR Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. “Artículo 31.-Están amparados por el fuero sindical: a) los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (03) meses después. b) Los miembros de la junta directiva (...). c) Los delegados (...). d) Los candidatos a dirigentes o delegados, treinta (30) días calendario antes de la realización del proceso electoral y hasta treinta (30) días calendario después de concluido este. e) Los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, hasta tres (03) meses después de concluido el procedimiento respectivo (...)”.

más, si se ha determinado de autos que el actor ha sido despedido injustificadamente en dos oportunidades anteriores, habiendo ejercido el accionante la calidad de dirigente sindical por diversos periodos, lo que evidencia un trato discriminatorio de la demandada para con el accionante por su actividad sindical”.¹⁰³

Por otro lado, si bien la sola condición de dirigente sindical no es causal para argumentar la nulidad de despido, en el siguiente caso apreciamos un supuesto donde el empleador inicialmente negaba conocer la existencia del sindicato, pero con el apoyo de una publicación periodística se logró acreditar que si conocía de dicha formación, considerándose nulo el despido del demandante que ostentaba el cargo de Secretario de Prensa y Propaganda: “(...) que a la fecha de producido el cese del demandante ostentaba el cargo de Secretario de Prensa y Propaganda del Sindicato de la Empresa demandada, no siendo cierto el argumento de la recurrente que recién el 26 de marzo del 2007, tuvo conocimiento de la formación del sindicato por cuanto según el recorte periodístico del Diario “*El Correo*” del 20 de marzo del 2007, que obra en el expediente administrativo era de conocimiento público la formación del Sindicato Único de Trabajadores de la Empresa impugnante, más aún que dicho informe periodístico daba cuenta que la demandada había expulsado a algunos de sus trabajadores

¹⁰³ Casación Laboral, Expediente N° 710-2010 – Lima.

por querer formar el mencionado sindicato, lo cual es un despido por afiliación sindical”.¹⁰⁴

Por otro lado, así como la simple acreditación del dirigente sindical no es determinante para la configuración de la causal de despido, también es necesario señalar que cualquier tipo de actividad sindical tampoco se encuentra comprendida en esta causa, requiriéndose además del ejercicio de la actividad sindical que estas acciones sean realizadas como consecuencia de la representación del resto de sus compañeros de trabajo; tal como la Corte Suprema lo ha manifestado en el extracto de la resolución que se muestra seguidamente: “(...) se configura cuando el trabajador participa en actividades sindicales, en este supuesto haciendo una interpretación sistemática, deberá entenderse que no solo basta que el trabajador sindicalizado realice actividades sindicales, sino que sumado a ello, las actividades que efectúe el trabajador no puede ser cualquier actividad que él considere sindical, sino que debe ser propia de la representación que ostente por delegación de sus compañeros de trabajo, afiliados al Sindicato al que pertenecen y ello conlleva a una elección dirigencial que debe ser prístina (inciso a) del artículo 22 y 23 del D.S.010- 2003-TR), sin conflictos entre sindicatos y en el que no participa el empleador”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Casación Laboral, Expediente N° 4347-2009 - La Libertad.

¹⁰⁵ Casación Laboral, Expediente N° 3380-2011 - Lima. En el mismo sentido también puede verse: Casación Laboral 1813-2010 - Lima.

c) Existencia del nexo causal para procedencia del despido.

La sola configuración de estar afiliado a un sindicato y realizar actividades sindicales en representación como dirigente sindical no basta para la determinación de una nulidad de despido, es necesario que exista un nexo causal entre los supuestos y el acto lesivo, conforme la Corte Suprema lo ha determinado en el siguiente enunciado: *“(...) se advierte la existencia del nexo causal que denuncia la actora y que demuestra la existencia del despido nulo, esto es los constantes actos de hostilización realizadas por la demandada no solo contra la recurrente sino contra todos los trabajadores contratados afiliados al sindicato (...), y que fueran denunciados por la Organización Sindical tanto ante la propia empleadora como la autoridad administrativa de trabajo (...)”*¹⁰⁶.

De la resolución que acabamos de citar, se puede inferir además que había actos de hostilización constantes en contra del trabajador, quien realizaba actividades sindicales, y el empleador decidió no renovar el contrato de trabajo como un acto de represalia porque el trabajador se afilió al sindicato, en un contexto de continuos reclamos por exigir a los trabajadores laborar sobretiempo sin pago.

¹⁰⁶ Casación Laboral, Expediente N° 2608-2011 - Lima.

d) Prueba de un proceso penal desnaturaliza la imputación de una falta grave y configura la nulidad de un despido.

La acreditación que un trabajador realiza en los casos que es despedido por participar en actividades sindicales se torna complejo, porque es necesario para su configuración, además de ser dirigente sindical, su involucramiento en diversas actividades sindicales. Por ello, en aquellos casos donde el trabajador es despedido por falta grave podría desvirtuarse cuando esta no se encuentra debidamente motivada. En esa línea, en un caso analizado por la Corte Suprema, un dirigente sindical fue despedido por falta grave donde el empleador alegaba supuestos daños a su propiedad realizados durante una protesta, hechos que encontraban sustento en un atestado penal, el mismo que posteriormente concluyó sin imputación de responsabilidad a los trabajadores. Estos hechos conllevaron a que las faltas laborales fueran desvirtuadas, como se aprecia seguidamente: *“En el proceso penal que les fuera instaurado a las partes se concluyó en la inexistencia de responsabilidad por los alegados daños en la propiedad de la emplazada (...), en tanto, las conclusiones a las que arribó el Colegiado en lo penal están directamente relacionados con la materia a resolverse en el presente caso, y a partir de la denuncia efectuada por la demandada, no hace sino concluir en que no existen motivos razonables para imputar hechos*

*de violencia y daños en la propiedad de la demandada”.*¹⁰⁷

Al respecto, si bien el resultado de un proceso penal y uno laboral no debería encontrarse condicionados, toda vez que los procesos son distintos, en algunas oportunidades, como las citadas, existe estrecha conexión que genera la determinación de un caso laboral puede resolverse sobre la base de las actuaciones y conclusiones del proceso penal.

e) Libertad de expresión de dirigente sindical prima sobre faltamiento de palabra en agravio del empleador no acreditado.

Tal como lo hemos manifestado anteriormente, uno de los requisitos para la configuración de la nulidad de despido es que el empleador no haya acreditado adecuadamente el motivo de la desvinculación del trabajador, tal como se advierte en el presente caso donde el empleador imputó falta grave por faltamiento de palabra en su agravio donde no logró acreditar suficientemente dicha situación; razón por la cual la Corte Suprema consideró que el trabajador al haber sido dirigente sindical, además de existir otros indicios de su actuación como representante ante los trabajadores, se presentaron otros elementos necesarios para la configuración de una nulidad de despido, conforme se señala a continuación:

¹⁰⁷ Casación Laboral, Expediente N° 1357-2007 - Loreto

“Este Supremo Tribunal considera que una conducta deberá considerarse como faltamiento causal de despido toda aquella expresión insultante, difamatoria o calumniosa por parte del trabajador que puede materializarse en forma verbal o escrita; así como las expresiones, sonidos, gestos, entre otros, que produzcan la falta de consideración y respecto al empleador, a sus representantes, al personal jerárquico, y a otros trabajadores. En conclusión, queda claramente establecido que el ejercicio de la libertad sindical de expresión por los dirigentes sindicales de ninguna manera puede efectivizarse afectando el honor o reputación de su empleador u otros trabajadores (...). En el caso de autos, lo vertido en la comunicación notarial no reviste suficiente contenido injurioso, como tampoco constituye una conducta agravante de tal gravedad que no admita la prosecución del contrato de trabajo; el demandante actuó en su calidad de Secretario General del Sindicato ejerciendo su derecho a expresar su opinión acerca de lo que entiende constituye una vulneración por parte de su empleador de los derechos laborales de dirigentes sindicales y de los afiliados al sindicato”.¹⁰⁸

En efecto, la libertad sindical y el derecho de sindicación reconocidos por el artículo 28°, inciso 1 de la Constitución (Exp. N° 0008-200S-PUTC, fundamentos 26, 27 Y 28), e

¹⁰⁸ Casación Laboral, Expediente 10984-2014 - Lima Norte.

interpretados conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, imponen la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación e impedir, todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical, tales como condicionar el empleo de un trabajador a que no se afilie o a que deje de ser miembro de un sindicato; o despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación sindical o a su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (artículo 11° del Convenio N° 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, artículo 1.0 del Convenio N° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva).¹⁰⁹

- **Despido a causa de discapacidad del trabajador.**

Toda persona que presta sus servicios y que cuenta con alguna discapacidad, no tiene más derechos o beneficios laborales que otra persona que no es discapacitado (a), todas las personas laboran bajo las mismas condiciones; es más las empresas se benefician de contratar personas con alguna discapacidad porque

¹⁰⁹ Expediente N° 206-2005-PA/TC. Fundamento 10

fomenta la no discriminación de las personas en el empleo y la deducción de impuestos a la renta a entidades públicas y privadas, ante ello el Ministerio de Economía y Finanzas, fijó el porcentaje correspondiente a la deducción del Impuesto a la Renta a través del Decreto Supremo N° 287-2013-EF, publicado el 22 de noviembre de 2013.

La discriminación en el trabajo por ser una persona discapacitada y por su condición es nulo el despido y se impugna en sede judicial, es más el Estado promovió y protegió a la persona discapacitada frente a la Ley N° 27050 publicada el 6 de enero de 1999. Esta norma, entre otros aspectos, regulaba especiales condiciones laborales y de índole tributaria que beneficiaban la contratación de personas con discapacidad, pero el derecho y la sociedad cambio y una nueva ley se adaptó a los cambios sociales, legislativos y abordar de una mejor manera los diversos aspectos relacionados con las personas con discapacidad; es así que, el 24 de diciembre de 2012 es publicada la nueva Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N° 29973 norma que entro en vigencia el 25 diciembre del 2012 en la cual la principal finalidad de la ley fue: *“...la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica”*. Posteriormente se aprobó su reglamento mediante Decreto Supremo N° 002-

2014-MIMP, publicado en el Diario “El Peruano” el 08 de Abril del 2014, a través del cual se aprobó el Reglamento de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado indicando que: *“Igualmente, el proceso de amparo será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7° y 23 ° de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado. En efecto, conforme al artículo 18° del Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador", sobre protección de los minusválidos, toda persona afectada por una disminución en sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.”*¹¹⁰

El Estado protege al trabajador con discapacidad, como contar con un trabajo libremente elegido o aceptado, con igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, y con condiciones de trabajo justas, seguras y saludables, correspondiéndole al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, conjuntamente con el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad

¹¹⁰ Expediente N° 206-2005-PA/TC. Fundamento 15

(Conadis) y los gobiernos regionales, promover y garantizar el respeto y el ejercicio de los derechos laborales de la persona con discapacidad, así como el desarrollo de sus capacidades y habilidades, a través de las distintas unidades orgánicas que tengan esas funciones.¹¹¹

Las principales modificaciones a la Legislación Laboral, sobre la base de la Ley General de la Persona con Discapacidad, están referidas expresamente al Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Así, se encuentra reguladas las siguientes modificaciones legales:

- Se considera una causa justa de despido relacionada con la capacidad de trabajador según el artículo 23 del D.S N° 003-97-TR: *“Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros”.*

¹¹¹ VELARDE ZADD, José Carlos, (2014). “La Contratación de Personas con Discapacidad en el Perú, Blog Guía del Capital Humano”. Lima: Perú. Rescatado el (20/05/2019) en: <http://www.infocapitalhumano.pe/recursos-humanos/alerta-legal/la-contratacion-de-personas-con-discapacidad-en-el-peru/>

- Se considera nulo el despido que tenga por motivo, según el artículo 29, inciso d) del D.S N° 003-97-TR: *“La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole”*.
- Se consideran actos de hostilidad equiparables al despido, según el artículo 30, inciso f) del D.S N° 003-97-TR: *“Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole”. “La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad”*.

Por lo tanto, podemos concluir que no es nulo el despido en agravio del trabajador, si se acredita que fue a causa de la discriminación del trabajador por su estado físico, el empleador no puede despedir al trabajador por ninguna causal que no fije la ley, se tiene que cumplir ciertos presupuestos para que el despido sea justificado, el trabajador tiene que contar con una discapacidad “invalidez absoluta y permanente”, como lo regula la ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) en su artículo 20, en concordancia con su artículo 13, como una causal de extinción del vínculo laboral, esto se aplica en forma automática y de pleno derecho desde que es declarada por el Seguro Social de Salud (ESSALUD), el Ministerio de Salud (MINSA) o la

Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Siendo así, de la normativa antes mencionada se puede apreciar que para que la causal de extinción por invalidez absoluta y permanente pueda ser aplicada se necesita: primero, que la invalidez tenga que ser calificada como absoluta y permanente; segundo, dicha calificación deba ser realizada por una junta elegida por el Colegio Médico, el Ministerio de Salud o el Seguro Social de Salud, y; finalmente, el empleador debe haber solicitado la declaración de invalidez absoluta y permanente. Cabe resaltar que a la fecha ninguno de los organismos que menciona la LPCL como formalmente válidos para declarar la invalidez permanente tienen un procedimiento regulado para la declaración de invalidez con incidencia en un probable cese o extinción del vínculo laboral, ergo, utilizar dicha causal puede resultar peligrosa, pues el empleador correría el riesgo de que algún juez ordene el pago de una indemnización por despido arbitrario o una reposición, ya que no estaría cumpliendo con las formalidades previstas legalmente (entendiendo que esto es así aunque no existan esas formalidades, que no es lo mismo, pero los jueces a veces tienen criterios muy especiales).¹¹²

¹¹² ORLANDINI VALERA, Fabrizio. (2015). Despido por incapacidad permanente y absoluta del trabajador. Lambayeque: Perú. Columna “Derecho y Empresa”.

Si aun así, no se realizó la formalidad para acreditar la incapacidad permanente del trabajador, la figura legal expuesta es de un despido nulo y se impugna en vía judicial, mediante el Proceso Constitucional de amparo, sustentando la acción restitutoria.

CONCLUSIONES

PRIMERO: Nuestra legislación peruana regula el despido arbitrario (En nuestra Constitución Política en el artículo N° 27) y el despido nulo, taxativamente en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Por último la doctrina jurisprudencial ha indicado la existencia de dos tipos de despido: el despido encausado y fraudulento.

SEGUNDO: La aplicación de la Nueva Ley Procesal de trabajo ley N° 29497 en diversos distritos judiciales del país durante los últimos años nos ha permitido advertir que existen múltiples problemas los cuales han sido resueltos parcialmente a través de su naturaleza célere y económica, siendo que si bien la presente Ley en mención trata de velar por la debida aplicación de derechos laborales, esta no cuenta con el efecto inmediato en cuanto a la reposición de un trabajador a su centro de trabajo a pesar que esta pretensión es vista en su proceso ordinario a comparación del Proceso Constitucional de Amparo.

TERCERO: Con respecto a la acción de amparo el tribunal constitucional señaló que desde una perspectiva objetiva, el proceso de amparo es la vía idónea para los supuestos de vulneración de derechos laborales en los casos de trabajador, siendo que en este resalta la naturaleza breve del mencionado proceso, pues contiene etapas procesales cortas (artículo 53 del Código Procesal Constitucional), carece de etapa probatoria (artículo 9 del Código Procesal Constitucional), entre otras características propias de todo proceso constitucional, siendo que a criterio personal y a criterio del tribulan constitucional los procesos ordinarios resultan más largos en comparación con los procesos de amparo.

CUARTO: En cuanto a la calificación de la viabilidad de la acción de amparo frente a ley procesal de trabajo se desvirtúa cuando se hace mención a vías igualmente satisfactorias para la reposición del trabajador desestimando en ocasiones al proceso Constitucional de Amparo para tales efectos, lesionando así con esto el derecho fundamental al trabajo, siendo que el Proceso Constitucional de Amparo, resulta una vía más idónea a efectos de la

reposición del empleado a su centro de trabajo debido a su carente instancia probatoria y a su naturaleza resarcitoria de derechos fundamentales respaldados por Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, hechos por los cuales resulta necesario modificar el numeral 2 del art.5 de Código Procesal Constitucional para evitar cualquier ambigüedad en cuanto a la interpretación de dicho numeral y así no verse vulnerado el derecho fundamental antes mencionado.

SUGERENCIAS.

Se sugiere al Poder legislativo tener en consideración las siguientes propuestas de modificación a efectos de no verse vulnerado el derecho fundamental del trabajo:

PRIMERO: A nuestro criterio después de haber descrito y analizado los capítulos que anteceden a la presente tesis, nuestra propuesta de modificación del numeral 2 del art. 5 a efectos de una mejor aplicación del mismo y no verse vulnerado el derecho fundamental del trabajo resulta necesario modificar el numeral antes mencionado de la siguiente manera:

Texto original del artículo:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia.

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.

Propuesta de modificación:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia.

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. **Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus y/o procesos de amparo de competencia laboral cuando se pretende restituir el derecho urgente y vulnerado.**

SEGUNDO: Se ha creído conveniente plantear ciertos lineamientos en cuanto a la calificación de la admisión de la acción de amparo adicionales a la anterior propuesta de modificación tales como:

- a)** Cuando la remuneración mínima vital (RMV) sea menor de 2 Unidades Impositivas Tributarias - UIT.
- b)** Cuando el despido arbitrario sufrido en agravio del trabajador urge una tutela rápida, expeditiva y tespestativa por irreparabilidad de derechos constitucionales.
- c)** Cuando el empleador en abuso de autoridad, haya realizado despidos masivos sin causa justificable.
- d)** Cuando el empleador despida a una mujer por razones de maternidad, afiliados a sindicatos y/o dirigentes sindicales y a personas minusválidas.

BIBLIOGRAFIA.

1. ABAD, Samuel (1990). "La acción de amparo y vías paralelas". Lima: Perú. En: Lecturas sobre temas constitucionales.
2. ABAD YUPANQUJ, Samuel B (2004). "El Proceso Constitucional de Amparo". Lima: Perú Gaceta Jurídica.
3. ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo (2006). "La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección". En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Lima, Perú: Editorial Normas Legales.
4. ARCE ORTIZ, Elmer (2012). "La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una Asignatura pendiente en tiempos de reforma". Lima: Perú. En Revista de la Facultad de Derecho PUCP.
5. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (1991). El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo. Lima Perú. Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC.
6. BLANCAS BUSTAMANTE Carlos (2009). "Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo". Lima: Perú. Fondo Editorial de la PUCP.
7. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2012). "Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral". Lima Perú: En Derecho PUCP N° 68, 2012 / ISN 0251-3420.
8. CARRILLO CALLE. Martín. (1993) "Los Derechos Laborales en la Constituciones Hispanoamericanas: bases para un Estudio Comparado". En: Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Lima: AA VV, Asociación Laboral para el Desarrollo, pp.63-82.
9. CARRILLO CALLE, Martín (2001). "La Flexibilización del contenido laboral de la Constitución". Lima. Perú: En Balance de la Reforma Laboral Peruana. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
10. CAVAZOS FLORES, Baltazar (2004). "40 Lecciones de Derecho Laboral". Ciudad de México: México. Novena edición. Editorial Trillas.
11. COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco (2018). "La reposición laboral en vía ordinaria: cambios competenciales en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". Arequipa: Perú. UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTIN DE AREQUIPA. ESCUELA DE POSGRADO.

12. CONCHA VALENCIA, Carlos Ramiro (2014). "Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional". Lima: Perú. Tesis. PUCP.
13. DÁVALOS, José (2009). "Derecho Individual del Trabajo. Decimoctava edición". Ciudad de México: México. Edit. Porrúa.
14. DE BUEN LOZANO, Néstor. (1981) Derecho del Trabajo. Editorial Porrúa, México.
15. DE BUEN LOZANO, Néstor (2000). Los Derechos del Trabajador de Confianza. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
16. DE LA FUENTE, Horacio Héctor. Estabilidad Laboral, Concepto y Clasificación; en: FERRO DELGADO, Victor y GARCIA GRANARA, Fernando (1992). Derecho Individual del Trabajo. Lima - Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú.
17. ESPINOZA MONTOYA, Cecilia L. (2011). "Causas de Extinción del Contrato de Trabajo". Lima: Perú. Colegio de Abogados de Lima Este.
18. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. (2004) "Alcances de la Protección contra el Despido de los Trabajadores de Dirección y de Confianza". Normas Legales, Tomo N° 332, Lima, Año LXIII,.
19. GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1996). "La jurisdicción constitucional en el Perú". Madrid: España. En: AA.VV. La jurisdicción constitucional en Iberoamérica.
20. G.NORTH Douglass. (1993). "Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico". México: Fondo Cultura Económica.
21. HARO CARRANZA, Julio Enrique. (2003) Derecho Individual del Trabajo. RAO, Lima, Julio 2003. Edit. RAO S.R.L.
22. MARCENARO FRERS, Ricardo. (1995) El Trabajo en la Nueva Constitución. Cultural Cuzco, S.A. Editores, Lima,
23. MORALES CORRALES, Pedro G. (2004). "Derecho al Trabajo y Despido Arbitrario: Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Lima: Perú. En: Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Academia de la Magistratura.
24. NAVA GUIBERT, Luis (2004). "El Despido Arbitrario". Lima: Perú. Efectos de las Resoluciones del Tribunal Constitucional. Edit. García Calderón Industrias Gráficas S.A.C.

25. OBREGÓN SEVILLANO, Tulio (2009). "Los Trabajadores de Dirección y de Confianza". Lima. Perú: En Actualidad Empresarial.
26. OBREGÓN SEVILLANO, Tulio Máximo (2016). "Estabilidad Laboral No es Sinónimo de Reposición". Lima: Perú. PUCP. Revista Derecho & Sociedad.
27. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (2004). "Derechos fundamentales generales y relación laboral. Los derechos laborales inespecíficos". Salamanca: España. En Derecho del Trabajo y razón crítica. Edit. Caja Duero.
28. PAREDES LOZADA, Lourdes Alejandra (2018). "La reposición laboral en vía ordinaria: cambios competenciales en la nueva ley procesal del trabajo". Arequipa: Perú. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa - Escuela de Posgrado.
29. PEREZ REY, Joaquín (2004). Estabilidad en el Empleo. Madrid. España: Editorial Trotta.
30. PLÁ RODRIGUEZ, Américo (1978). Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires. Argentina: Ediciones Depalma.
31. REYNOSO CASTILLO, Carlos (1990). "El Despido Individual en América Latina". Ciudad de México: México. Universidad Nacional Autónoma de México.
32. SAAVEDRA, Jaime y MARUYAMA, Eduardo (2000). "Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de Despido sobre el Funcionamiento del Mercado Laboral Peruano". Lima: Perú. Edit. Grade.
33. SACUES, Néstor (1988). "Derecho procesal constitucional. Acción de amparo". Buenos Aires: Argentina edit. Astrea.
34. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2007). "Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Lima: Perú. Gaceta Jurídica.
35. SUAREZ JAEN, Carlos Arturo (2017). "La figura del despido ineficaz como medio de protección para las personas con capacidades especiales". Machala: Ecuador. Tesis. Universidad Técnica de Machala.
36. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2005). "Instituciones del Derecho Laboral". Lima: Perú. 2da Edición, Gaceta Jurídica S.A.

37. TUTAYA GONZALES, Cecilia Lucila. (2008) "Ante una Nueva Ley Procesal de Trabajo". IPSO IURE Revista Virtual. Año I, N° 1, Mayo 2008 pág. 46.
38. OJEDA AVILÉS, Antonio (1987). "Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley". Madrid: España. Edit. Relaciones Laborales.
39. VALDÉS DAL-RE, Fernando (2003). "Los Derechos Fundamentales del Trabajador: un ensayo de noción lógico-formal". España. Relaciones Laborales.
40. VINATEA RECOBA, Luís (2004). "La Adecuada Protección Procesal contra el despido Arbitrario: Comentarios a la Sentencia de fecha 13 de Marzo de 2003 emitida por el Tribunal constitucional". Lima: Perú. Revista Derecho y Sociedad.