

Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 13, n.º 16, julio-diciembre, 2021, 147-173

ISSN: 1997-6682 (Impreso)

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v13i16.382

EL V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y las innovaciones en los casos de despido incausado y fraudulento

The V Plenary Supreme Labor Jurisdiction and
innovations in cases of unfair and fraudulent
dismissals



LUIS MANUEL LIZA CASTILLO

Fiscalía Provincial Civil y Familia de Chiclayo. Distrito Fiscal de Lambayeque
(Lambayeque, Perú)

Contacto: lizacastilloluismanuel@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-4694-8238>

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar y describir los alcances del V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional, especialmente el tratamiento de la indemnización y las remuneraciones devengadas en los despidos incausados y fraudulentos; en este contexto se debe destacar la importancia de la estabilidad laboral, absoluta en la Constitución de 1979, y relativa en la carta de 1993. El precedente «Huatuco Huatuco» sienta bases que no hacen más que consolidar la estabilidad laboral relativa; y limita, de alguna forma, el derecho de los trabajadores, pues

muchos de ellos no ingresaron por concurso público, hecho que les crea indefensión jurídica frente al despido arbitrario. Igualmente, afecta otros derechos de los trabajadores, como el pago de remuneraciones devengadas. Esta situación no ha sido debidamente tratada por el pleno, lo que motiva a formar corriente de opinión respecto del criterio adoptado.

Palabras clave: Constitución Política del Perú; estabilidad laboral relativa; *distinguishing*.

ABSTRACT

The purpose of this research work is to analyze and describe the scope of the V Plenary Supreme Labor and Social Security Jurisdiction, particularly the treatment of compensation and remuneration accrued in unjustified and fraudulent dismissals. In this context, the importance of labor stability (absolute in the 1979 Constitution and relative in the 1993 Constitution) should be emphasized. The «Huatuco Huatuco» precedent establishes bases that only consolidate relative labor stability; and limits, in some way, the right of workers, since many of them did not enter through public competition, a fact that creates legal defenselessness against arbitrary dismissal. It also affects other workers' rights, such as the payment of accrued remuneration. This situation has not been duly addressed by the plenary, which leads to the formation of a current of opinion regarding the criterion adopted.

Key words: Political Constitution of Peru; relative labor stability; *distinguishing*.

Recibido: **19/05/2021** Aceptado: **13/09/2021**

1. PRELIMINARES

El 4 de agosto de 2017 se publicaron en la separata de jurisprudencia del *Diario Oficial El Peruano* los acuerdos a los que se arribó en el V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional. En estos se dispusieron tres criterios referidos a la nulidad de los laudos arbitrales y se establecieron las causales que pueden ser invocadas en un proceso de impugnación de laudo arbitral económico; la interpretación del artículo 3 de la Ley n.º 28449 para la determinación del monto máximo de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivencia de los pensionistas del régimen del Decreto Ley n.º 20530; y la procedencia de la indemnización y las remuneraciones devengadas en los casos de despidos fraudulentos e incausados.

Este artículo realiza una exposición descriptiva de los acuerdos a los que se llegó en el citado pleno, especialmente el vinculado con el tercer criterio, sobre la indemnización y el pago de remuneraciones devengadas. Para este fin, se tendrá como antecedente la evolución histórica de la estabilidad laboral en el Perú, el contexto del despido arbitrario y su protección legal de otorgamiento de derechos, principalmente los previstos en el Decreto Supremo n.º 003-97-TUO del Decreto Legislativo n.º 728; el dictado por el Tribunal Constitucional del precedente vinculante «Huatuco Huatuco» y su influencia en los derechos de los trabajadores; por último, el acuerdo del Pleno Laboral de establecer que de ahora en adelante en los casos de despido incausado y fraudulento, al incoarse la reposición, ya no podrá adicionarse la pretensión de pago de remuneraciones devengadas, sino el de indemnización laboral. Por otro lado, se crea la figura de «daño punitivo» como sanción para el empleador que afecte los derechos laborales de los trabajadores.

2. LA ESTABILIDAD LABORAL

2.1. Generalidades

La estabilidad laboral es el derecho que tiene todo trabajador de permanecer en su empleo salvo que medie causa justa que amerite su separación; asimismo, importa como correlato la obligación del empleador de mantener al trabajador en su puesto de trabajo, salvo causal de despido tipificado en la ley (Cabezas, s. f.). Inicialmente, en los albores del siglo XX no existía estabilidad laboral en nuestro país, en razón de que la Ley n.º 4916 de 1928 concedía al empleador la potestad de extinguir la relación laboral por voluntad unilateral. Era suficiente comunicar un previo aviso de 90 y 15 días tanto para el empleado como para el obrero para dar por concluida la relación laboral y proceder al pago de la compensación por tiempo de servicios.

Posteriormente, durante el gobierno militar del general Velasco, a través del Decreto Ley n.º 18471 (Servat, 2007), vigente a partir de 1970, se aplicó la estabilidad laboral absoluta; en consecuencia, se prohibió que los empleadores despidan a sus trabajadores, salvo causal de falta grave debidamente comprobada, y de no verificarse su comisión, le correspondía al trabajador la reposición en su puesto de trabajo más una indemnización y las remuneraciones dejadas de percibir.

Más adelante, en la segunda fase del gobierno militar del general Morales Bermúdez, mediante el Decreto Ley n.º 22126, vigente a partir de 1978, se instauró la estabilidad laboral relativa, que facultaba a los empleadores a concluir los contratos de trabajo cursando un preaviso de 90 días o efectuando un pago justipreciado de ese plazo; asimismo, el empleador podía despedir al trabajador antes del tercer año labores.

Luego, con la vigencia de la Constitución de 1979, en el artículo 48 se constitucionalizaron por primera vez los derechos laborales de los trabajadores y se dispuso la estabilidad absoluta; empero,

la gestión del presidente Belaunde mantuvo vigente el Decreto Ley n.º 22126, que establecía la estabilidad laboral relativa, lo cual impedía consolidar los logros laborales recogidos en ese texto constitucional.

En el gobierno del presidente Alan García se restituyó la estabilidad laboral absoluta con la promulgación de la Ley n.º 24514, vigente a partir de 1986. No obstante, se autorizó también la contratación de trabajadores sin estabilidad laboral bajo la denominación de «Programas de Emergencia».

Electo luego el ingeniero Alberto Fujimori¹ como presidente de la República y estando vigente la Constitución de 1979, se promulgó el Decreto Legislativo n.º 728 (8/11/1991), llamado Ley de Fomento del Empleo, el cual establecía la estabilidad relativa, vale decir, la indemnización en caso de despido injustificado y como excepción la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo en caso de despido nulo. Más adelante, promulgada la actual Constitución de 1993, la redacción del artículo 27 omitió la expresión estabilidad laboral, pero no la prohibió, dejando a los legisladores la labor de regular la figura del despido arbitrario en correspondencia con el Decreto Legislativo n.º 728. Años después por Decreto Ley n.º 855 (25/9/1996) se dispuso que el Decreto Legislativo n.º 728, que comprendía tanto normas de capacitación para el trabajo como normas sobre contrato laboral, fuera separado en dos textos: uno denominado Ley de Formación y Promoción Laboral aprobado por el Decreto Supremo n.º 002-97-TR; y otro, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo n.º 003-97-TR. Esta última es la que mantiene el régimen de estabilidad

1 Es importante anotar que durante el gobierno de Alberto Fujimori se dictó el Decreto Ley n.º 26093, que autorizaba a los titulares de los ministerios e instituciones públicas descentralizadas a efectuar programas semestrales de evaluación y cesar al personal que no aprobara las evaluaciones, lo que significó un claro retroceso de las conquistas laborales.

laboral relativa, con excepción del despido nulo, cuya consecuencia legal es la reposición inmediata del trabajador, régimen que hasta la fecha se encuentra vigente.

2.2. Clases de estabilidad laboral

La doctrina establece que la estabilidad laboral tiene dos vertientes: una de entrada, en la cual se da preferencia a los contratos permanentes o indeterminados antes que a los temporales; y otra de salida, en la que se fijan causas taxativas para su procedencia y se prohíbe simultáneamente el despido arbitrario (Paredes, s. f.).

2.2.1. La estabilidad laboral de entrada

Es la protección jurídica que tiene el trabajador de mantenerse en el puesto de trabajo desde el inicio del vínculo laboral y una vez superado el período de prueba (tres meses, seis meses o un año, según corresponda) hasta el término de este y por causa justa. En tal sentido, se da preferencia a la contratación permanente antes que a la temporal; el trabajador tiene derecho a un contrato de plazo indeterminado cuando la naturaleza objetiva de sus labores es indefinida. Es necesario destacar que nuestra actual carta política no contempla esta figura, como sí lo hacía la Constitución de 1979, la cual en su artículo 49 defendía tanto la estabilidad de entrada como la de salida.

2.2.2. La estabilidad laboral de salida

Se encuentra al término de la relación laboral e importa la conservación del vínculo laboral, el cual solo puede extinguirse por causal justa de despido. Aquí se fijan determinadas reglas que prohíben los despidos arbitrarios (negándoles efectos o atribuyéndoles determinadas consecuencias indemnizatorias). Con ello se busca limitar el poder del empleador y el despido pasa a ser una potestad excepcional que solo puede proceder por causas expresamente

señaladas en la ley, sustentándose en razones de capacidad o conducta del trabajador. Cabe indicar que nuestra carta política reconoce taxativamente la estabilidad de salida en su artículo 27, es decir, la protección jurídica frente al despido arbitrario en sus diversas manifestaciones. Es importante, de igual modo, destacar que la estabilidad laboral de salida tiene dos modalidades:

a) Estabilidad laboral absoluta

Esta modalidad asegura la reincorporación efectiva e inmediata del trabajador en su puesto de trabajo, cuando el despido no se fundamenta en una causal prevista en la ley (Serkovic, 2017).

b) La estabilidad laboral relativa

Aquí a pesar de no existir causal alguna que conlleve al término de la relación laboral, no se llega a garantizar la reincorporación efectiva del trabajador. Ello implica una protección distinta a la reposición, como es el pago de una indemnización, remuneraciones devengadas, etc.; de lo que se colige que es la voluntad del empleador la razón válida para el despido.

La opción que prima en el derecho comparado y en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es la estabilidad relativa, esta puede ser a su vez propia e impropia (Espinoza, s. f.). La primera conlleva a que se declare la nulidad del despido sin reposición efectiva. Aquí el trabajador acciona la nulidad del despido y el juez concede la indemnización respectiva por el tiempo de duración del proceso y las remuneraciones devengadas más los intereses; empero, no existe la obligación del empleador de reponer al trabajador en su puesto laboral, y se genera una reposición ficta. Mientras que la segunda conduce únicamente a la sanción pecuniaria por el acto del despido, es decir, la protección es vía indemnización. No se declara el despido.

3. LA ESTABILIDAD LABORAL Y LA STC N.º 05057-2013-PA/TC, CONOCIDA COMO EL PRECEDENTE VINCULANTE «HUATUCO HUATUCO»

El 1 de junio de 2015 se publicó en la página web del Tribunal Constitucional la sentencia recaída en el Expediente n.º 05057-2013-PA/TC referente al proceso de amparo incoado por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial-Corte Superior de Justicia de Junín, a fin de que se deje sin efecto su despido incausado y se disponga su reincorporación laboral en el puesto de secretaria judicial que venía desempeñando (Neves, 2015). Se establecieron cinco precedentes vinculantes relacionados con el despido de los trabajadores de la Administración pública sujetos al régimen laboral privado del Decreto Legislativo n.º 728 y que pretenden ser readmitidos en sus puestos de trabajo, invocando desnaturalización de su contrato y, por ende, que se declare como uno de duración indeterminada. En tal sentido, independientemente del pronunciamiento del caso específico, se fijaron reglas de cumplimiento obligatorio.

La primera regla está contenida en el fundamento 18, el cual establece que si un servidor de una entidad pública bajo el régimen laboral privado es despedido por causa justa y acredita la desnaturalización de su contrato CAS o su contrato civil (servicios no personales, servicios por terceros, services, etc.), no podrá ser repuesto si antes no se determina la existencia de una plaza o vacante de duración indeterminada, dicha plaza debe estar presupuestada y debe realizarse previamente un concurso de méritos para su correspondiente cobertura. La concurrencia de estos tres requisitos es copulativa, por lo que de faltar uno de ellos no procederá la reposición, sino la indemnización por despido arbitrario.

El segundo precedente vinculante está inmerso en el fundamento 20 de la sentencia y señala que los funcionarios que contrataron fraudulentamente a un trabajador público que acredite la

desnaturalización de su trabajo temporal o civil, deben ser sancionados administrativamente por incurrir en responsabilidad funcional. Asimismo, de comprobarse que también causaron daño económico en perjuicio de la entidad, son pasibles de responsabilidad civil.

Como tercer criterio previsto en el fundamento 21, se establece que las indicadas reglas son de cumplimiento inmediato y obligatorio a partir de su publicación en el *Diario Oficial El Peruano*, de lo que se desprende que es de aplicación para los procesos en giro tanto en el Poder Judicial como para los tramitados en el Tribunal Constitucional.

El cuarto precedente vinculante está comprendido en el fundamento 22 del fallo, que señala que en todos los procesos de amparo vigentes que versen sobre reposición y que por efecto de la aplicación de estas reglas sean declarados improcedentes, el juez constitucional deberá reconducir el proceso a la vía judicial ordinaria para que el extrabajador solicite una indemnización por despido arbitrario, y está proscrita toda decisión judicial que signifique extemporaneidad. En tal sentido, si el exservidor no adecua su pretensión en el plazo que el juez laboral determine, corresponderá el archivo del proceso.

Por último, la quinta regla está inmersa en el fundamento 23 de la sentencia e indica que en los procesos de reposición de trabajadores públicos por desnaturalización de contratos que postulen su pretensión, si luego de publicada la sentencia en el *Diario Oficial El Peruano* son desestimados en aplicación de estos precedentes, no serán reconducidos a la vía judicial ordinaria. Ello significa que no podrán acogerse a la indemnización por despido en la eventualidad que se desestime su pretensión de readmisión en su empleo.

Posteriormente, ante una serie de cuestionamientos de que el indicado precedente vinculante importaba en la práctica una aplicación retroactiva sobre las nuevas reglas para los procesos de amparo contra las entidades de la Administración pública y que,

consecuentemente, desprotegían los derechos laborales de los trabajadores, el Tribunal Constitucional emitió un auto de aclaración el 7 de julio de 2015 respecto de su sentencia recaída en el Expediente n.º 05057-2013-PA/TC, conocida como «Precedente Huatuco», el cual a la letra establece:

c. ¿Existe una aplicación retroactiva del precedente que desproteja los derechos de los trabajadores?

9. No. Lo que existe es una aplicación inmediata del precedente que de ningún modo desprotege los derechos de los trabajadores. En la regla jurisprudencial del fundamento 18 se establece que «(...) en los casos que *se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil* no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad (...) exige la realización de un concurso público de méritos (...)», lo que implica, en el caso de los procesos en trámite, presentados antes de la publicación del precedente en el diario oficial *El Peruano*, la verificación sobre si se ha producido o no la desnaturalización del contrato, así como la identificación de la respectiva responsabilidad de los funcionarios encargados de la contratación de personal, de modo tal que si se *acredita* tal desnaturalización deberá reconducirse el proceso a efectos de que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda.

10. Situaciones que sí podrían constituir una aplicación retroactiva que desproteja los derechos de los trabajadores serían aquellas en las que se decida que las demandas presentadas *antes de la publicación* del precedente en el diario oficial *El Peruano* sean declaradas improcedentes por la simple razón de no haberse ingresado por concurso público a una plaza presupuestada y de duración indeterminada. Eso sí representaría desprotección, pero no es lo que ha resuelto el Tribunal Constitucional, tal como se ha mencionado en el párrafo precedente.

No obstante la instauración de estas reglas por el supremo intérprete de la Constitución, en las distintas cortes del país se venían

emitiendo fallos contradictorios en los que incluso se inaplicó el precedente Huatuco a través de la técnica del *distinguishing*². Por este motivo la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral n.º 12475-2014 Moquegua, de fecha 17 de diciembre de 2015, dictó como doctrina jurisprudencial vinculante de interpretación del precedente «Huatuco Huatuco», seis supuestos, en los que no se aplican las reglas del citado precedente y por tanto los trabajadores conservan su derecho a la reposición:

- a) Pretensiones de nulidad de despido, previstas en el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo n.º 728, situación de embarazo, afiliación sindical, etc.
- b) Casos de trabajadores comprendidos en la carrera del Decreto Legislativo n.º 276 y los comprendidos en la Ley n.º 24041 (trabajadores públicos contratados para labores de naturaleza permanente que tengan más de un año de servicios ininterrumpidos de trabajo.
- c) Los obreros municipales bajo el régimen laboral de la actividad privada, es decir, el Decreto Legislativo n.º 278.
- d) Cuando el trabajador pertenezca al régimen del Contrato de Administración de Servicios (CAS).
- e) Los trabajadores excluidos de la Ley del Servicio Civil, nombrados en la primera disposición complementaria de la Ley n.º 30057 (empresas del Estado, Banco de la Nación, Petro Perú, BCR, Sunat, SBS., etc.).

2 Expediente n.º 00058-2014-0-1618-JM-LA-01, emitido el 21 de julio de 2015. Se aplicó la técnica del *distinguishing*, mecanismo jurídico a través de la cual «el juez del caso concreto declara que no considera aplicable un determinado precedente vinculante respecto de la situación en examen, porque no concurren los mismos presupuestos de hecho que han justificado la adopción de la regla que estará obligado a aplicar». Véase Monroy (2006, p. 25).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, a través del Expediente n.º 06681-2013, del 23 de junio de 2016, flexibiliza la aplicación del precedente Huatuco e indica que con este el bien que se protege es la carrera administrativa, por lo que solo será aplicable cuando se presenten los siguientes elementos:

- a) Que el caso se refiera a la desnaturalización de un contrato que puede ser temporal o de naturaleza civil a través del cual se encubrió una relación laboral de carácter permanente.
- b) Que debe pedirse la reposición en una plaza vacante presupuestada y que forma parte de la carrera administrativa a la cual corresponde acceder por concurso público de méritos. En este último caso, debe considerarse que no toda persona que se vincula con la función pública necesariamente realiza carrera administrativa, como es el caso de los obreros municipales, los cuales no obstante estar sujetos al régimen de la actividad privada, conforme el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, desempeñan trabajos de mantenimiento, gasfitería y análogos, es evidente la inaplicación del precedente en cuanto al concurso de méritos por la naturaleza de dichas actividades.

Por último, nuevamente la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral n.º 18032-2015-Callao, fijó un nuevo supuesto de inaplicación del precedente Huatuco: cuando la discusión esté centrada en la declaración de existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado por desnaturalización de contratos temporales o civiles, solo son aplicables las reglas de la STC n.º 05057 para los casos en que un trabajador sin vínculo laboral lo solicite, mas no cuando esté vigente la prestación de servicios.

4. EL DESPIDO LABORAL

4.1. Generalidades

El despido puede calificarse de modo general como la extinción del contrato laboral de trabajo por decisión unilateral del empleador. Para ser válida, esta medida debe fundarse en una causa prevista en la ley y debe estar acreditada; ello implica otorgar al trabajador el derecho de defensa (preaviso), de no ser así, nos hallaríamos dentro de los alcances de un despido incausado, al omitir causa alguna de separación laboral. Se incluye también a los despidos prohibidos por ley, aquellos que no se pueden demostrar en un juicio, los que se producen sin la observancia de los trámites exigidos por ley, los despidos fraudulentos y todos aquellos despidos que violen derechos fundamentales del trabajador.

De acuerdo con el jurista Montoya Melgar (1990), el despido laboral es un acto que tiene las siguientes características: i) es unilateral del empleador, puesto que para que sea eficaz la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante; ii) es constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que lo realiza directamente; iii) es recepticio, ya que su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada; y iv) produce la extinción contractual en cuanto cesan *ad futurum* los efectos del contrato (p. 48).

En el Perú existen dos regímenes que protegen al trabajador frente al despido arbitrario, uno legal, regulado por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR TUO del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; y otro constitucional, vía acción de amparo, en el cual la protección que el Tribunal Constitucional dispensa al trabajador no está relacionada con la arbitrariedad del despido que requiere de estación probatoria, sino con la vulneración de los derechos fundamentales existente en la acción de despido (Cabezas, s. f.).

4.2. Tipología del despido laboral

4.2.1. El despido en el Decreto Supremo n.º 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral

En lo concerniente al régimen de la actividad privada, los despidos deben ser por causa justa, el trabajador debe haber laborado cuatro horas o más, debe haber superado el período de prueba y debe concurrir causal expresamente establecida por ley debidamente comprobada; en consecuencia, la norma precitada (Toledo, 2012) enumera las siguientes clases de despidos:

- a) El despido justificado, llamado también legal o con causa justa. Aquí el empleador se encuentra habilitado para extinguir el vínculo contractual con el trabajador por causas relacionadas con su conducta (art. 24 de la LPCL) y también por sus capacidades (art. 23 de la LPCL); así tenemos, respecto de las primeras:
- La comisión de falta grave (incumplimiento del contrato de trabajo, reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con el trabajo, inobservancia del reglamento interno de trabajo, concurrencia al trabajo en estado de ebriedad (Tribunal Constitucional, 2008) o bajo los efectos de drogas, disminución deliberada de labores, apropiación de bienes del empleador o bajo su custodia, entrega de información reservada, grave indisciplina, daño deliberado de los bienes de la empresa, abandono injustificado del trabajo). Cabe indicar que es la causal más concurrente.
 - Condena penal por delito doloso a partir de quedar firme la sentencia condenatoria, no opera esta causal si el empleador sabía del antecedente delictuoso.
 - Inhabilitación del trabajador impuesta por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad por un período de tres meses o más; en relación con la capacidad del trabajador (art. 23 de la LPCL) tenemos: a) menoscabo

debidamente certificado de las facultades físicas y mentales o la ineptitud sobrevenida en el desempeño de sus labores, siempre que no exista un puesto vacante donde el trabajador pueda ser transferido y no implique riesgo para su salud y la seguridad de terceros; b) rendimiento deficiente en su capacidad y rendimiento promedio en labores similares; c) la negativa injustificada para someterse a exámenes médicos establecidos por ley o cumplir con las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. En este tipo de despido el trabajador solo tiene derecho al pago de sus correspondientes beneficios sociales o económicos por el tiempo laborado y no tiene derecho a la indemnización por haber sido el causante de la extinción del vínculo laboral.

- b) El despido nulo se genera como consecuencia de un acto discriminatorio proscrito por la Constitución y la ley, o que tenga su origen en la flagrante vulneración de los derechos fundamentales del trabajador como persona y como ciudadano, es decir, es un despido con causa ilícita, un ejemplo de ello es la restricción a la libertad sindical, represalia del empleador por queja ante la autoridad competente, por razón de embarazo, discriminación por sexo, raza, etc. Este despido y sus causales están previstos en el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo n.º 728. La consecuencia legal es que el juez de trabajo declare la reposición del trabajador en su puesto de trabajo. También son nulos los despidos del trabajador por ser portador de VIH conforme a la Ley n.º 26626; por razones de discapacidad según la Ley n.º 27050 y los actos de hostigamiento sexual normados en la Ley n.º 27942.
- c) El despido arbitrario se presenta cuando el trabajador es despedido sin expresión de causa alguna; asimismo, cuando se ha cursado la carta de despido indicando la causa, pero esta no es demostrada en juicio; del mismo modo, cuando no se ha cumplido con el procedimiento previsto por la ley, esto es, sin expresión

de causa, ausencia de derecho de defensa y sin carta de despido (Atahúaman, 2013). Está configurado en el artículo 34 del TUO del Decreto Legislativo n.º 728. Su consecuencia legal es de naturaleza resarcitoria, es decir, el pago de una indemnización, de conformidad con el artículo 38 del mencionado texto legal.

- d) El despido por hostilidad o indirecto se produce a causa de los actos del empleador o sus representantes de molestar o incomodar reiteradamente al trabajador, lo cual genera que este presente su renuncia. Cabe resaltar que una de las razones para hostilizar al trabajador es obtener algún favor o ventaja atentatoria contra la moral, la dignidad o la economía del servidor. De ello se desprende que las causas devienen del empleador. Se encuentra configurado en el artículo 30 del TUO del Decreto Legislativo n.º 728. La norma en su artículo 35 indica dos alternativas excluyentes: demandar el cese de la hostilidad del empleador, sin renunciar a su puesto de trabajo; y demandar el pago de una indemnización por la hostilidad del empleador después de dar por concluida la relación laboral.

4.2.2. Según el Tribunal Constitucional

A nivel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tenemos las siguientes clases de despido (Miranda, s. f.):

- a) El despido incausado, nombrado por primera vez en el Expediente n.º 1114-2001-AA/TC, del 11 de julio de 2002, en la acción promovida por el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú. Igualmente, en el Expediente n.º 00976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003, en la acción iniciada por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú, cuyo fundamento jurídico 15 señala que «se produce el denominado despido incausado cuando: se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique».

Es evidente que esta interrupción laboral deviene de la voluntad unilateral del empleador, no concurre imputación alguna de causa justa, expresión de motivo o causa legal ya sea en forma verbal (despido de hecho) o por escrito para extinguir la relación laboral. En sentido contrario, un despido laboral será justificado o injustificado cuando la decisión del empleador se sustente en hechos contemplados por la ley, que motiven y justifiquen la extinción laboral, debidamente comprobados en un proceso de despido. La connotación de este tipo de despido es la defensa del artículo 22 de la Constitución del cual se desprende que el contenido esencial del derecho al trabajo tiene dos aspectos: el acceder a un puesto laboral y el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

El despido incausado tiene dos supuestos: la desnaturalización y simulaciones contractuales: despidos encubiertos que usualmente surgen del vencimiento de contratos de locación de obra o de servicios o de aquellos contratos de trabajos sujetos a modalidad que encubren relaciones laborales de carácter permanente. En estos casos es aplicable el principio de la primacía de la realidad; mientras que el segundo supuesto, el de suspensión desproporcionada e indefinida de labores se da, por ejemplo, en el caso de suspensión de labores por causas fortuitas o de fuerza mayor, cuando en la realidad estas no existen. La consecuencia legal es la readmisión laboral del trabajador en su puesto de trabajo.

- b) El despido fraudulento. Esta clase de despido aparece en el Expediente n.º 0628-2001-AA/TC, del 2 de julio de 2002, en el fundamento jurídico 6. En este se intentó presentar un supuesto de renuncia voluntaria cuando en realidad contravenía a la realidad de los hechos. Posteriormente, en la STC n.º 00976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003, se indica que este tipo de despido se caracteriza porque el empleador despide al trabajador con ánimo perverso, con engaño; por tanto, es contrario a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales. De igual modo, cuando se

le imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; se le atribuye alguna falta distinta a las previstas por la ley transgrediendo el principio de legalidad y tipicidad; se coacciona al trabajador utilizando diversos medios para dar por concluida la relación laboral (renuncia o mutuo disenso con «vicio de voluntad») o mediante la «fabricación de pruebas».

Existen una serie de supuestos que calzan con el despido fraudulento, como los períodos de prueba, para luego pretender justificar el despido plural de los trabajadores. Una observación importante es que este tipo de despidos equivalen a los despidos sin invocación de causa legal. El objetivo es cautelar la plena vigencia de los artículos 22, 103 y el literal e del artículo 139 de nuestra Constitución Política.

- c) El despido nulo se configura en la jurisprudencia constitucional en la STC n.º 00976-2001, fundamento jurídico 15, al tenerse por móvil algún acto discriminatorio en contra el trabajador, que afecte derechos fundamentales como los referidos a la igualdad de la persona en situaciones como el derecho a la no discriminación laboral de las trabajadoras gestantes o de un trabajador portador del VIH/sida, la libertad sindical, la discapacidad, o como una reacción del empleador ante una queja presentada por el trabajador (Blancas, 2016, p. 371). En suma, cuando existe una prohibición legal de despedirlo.

Asimismo, el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo n.º 728 contiene supuestos de despido nulo. Su finalidad es cautelar los derechos previstos en el numeral 2 del artículo 2, inciso 1, del artículo 26, y el numeral 1 del artículo 28 de nuestra carta política. La consecuencia legal en ambos casos es la readmisión laboral del trabajador a su puesto de trabajo.

- d) El despido colectivo fue tratado en la STC n.º 1124-2001-AA/TC en relación con el caso Telefónica. Se conceptuó como la determinación unilateral del empleador de extinguir la relación

laboral respecto de un significativo número de trabajadores, pero sin cumplir los requisitos establecidos por ley para que se produzca el cese colectivo. Este, en nuestra legislación laboral, tiene su causa en factores económicos, tecnológicos, de producción, estructurales, disolución de la empresa o análogos, y debe comprender a un porcentaje no menor del 10 % del total de trabajadores de la empresa, de conformidad con el artículo 48 del Decreto Supremo n.º 03-97-TR TUO del Decreto Legislativo n.º 728.

- e) El despido por vulneración de derechos fundamentales. Este tipo de despido puede darse mediante la presencia de un móvil reñido contra esos derechos, pues el motivo reside en la oposición o rechazo al ejercicio que el trabajador hace de sus derechos. Un ejemplo de ello se da cuando el empleador imputa falta grave de injuria al dirigente sindical que cuestiona el incumplimiento de los acuerdos laborales, o cuando se atribuye el incumplimiento inexistente de sus obligaciones a una trabajadora al tomar conocimiento de que está embarazada. Generalmente, el empleador atribuye al trabajador la comisión de una causa justa o falta grave, pero tal causa no existe, de modo que la presencia de un motivo real ilícito en el hecho del despido conducirá a su invalidación en sede judicial.

Asimismo, se describe la preparación o realización del despido por la forma: i) cuando la averiguación de los hechos se haga afectando derechos como el honor, la dignidad y la intimidad; ii) cuando se efectúan labores de control o vigilancia sobre la actuación de los dirigentes sindicales que afecten la libertad sindical; iii) cuando la comunicación del despido contiene expresiones lesivas a la dignidad o el honor del trabajador; iv) cuando las actuaciones del empleador previas al despido lesionan derechos fundamentales, específicamente el relativo a la presunción de inocencia.

De igual forma, cabe indicar que se procede en contra de lo previsto por el Decreto Supremo n.º 03-97-TR del TUO del Decreto Legislativo n.º 728, cuando en la tramitación de una pretensión de despido nulo se vulnera el debido proceso que comprende el derecho de defensa, el derecho al plazo razonable, etc., la consecuencia legal de esto es la reposición del trabajador.

Podemos agregar también otra clase de despido, el despido por falta grave, que tiene como uno de sus antecedentes la sentencia recaída en el Expediente n.º 3388-2004-AA/TC:

De la Carta de Imputaciones y de Despido se aprecia que la falta grave atribuida al recurrente se sustenta en el hecho de que suscribió «(...) al momento de su contratación (...) una declaración jurada en la que manifiesta no percibir pensión de otra entidad del Estado, situación que sería contradictoria a lo informado por la Policía Nacional del Perú»; contraviniendo con tal hecho lo dispuesto por el inciso ñ) del artículo 20º del Reglamento Interno de Trabajo para los trabajadores comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada de EsSalud, que establece que está expresamente prohibido a los trabajadores percibir doble remuneración o pensión, salvo aquellos casos permitidos por ley (fundamento 6).

Sin embargo, el tema más emblemático de esta clase de despido laboral lo encontramos en el Expediente n.º 1058-2004-AA/TC, llamado caso Serpost, en el cual el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la posibilidad del acceso del empleador al correo electrónico corporativo de un trabajador para encontrar pruebas e imputar falta grave. Pese a haberse cometido una evidente falta laboral: utilizar un correo electrónico corporativo para visualizar imágenes pornográficas, no se consideró que el despido era una sanción válida, puesto que no solicitó debidamente la autorización judicial para acceder a dicho correo. Se dispuso la restitución del trabajador al verificarse que otros trabajadores habían sido los autores de la falta; asimismo, se estableció que solo es posible el

acceso a cuentas corporativas previa autorización judicial para ser válidamente verificada por el empleador y que de esta forma se pueda presentar como medio de prueba para imputar la comisión de falta grave y se proceda al posterior despido del trabajador. De esto se desprende que se cuestionó la vulneración al derecho a la reserva de las comunicaciones y la garantía de la judicialidad de los elementos obtenidos y presuntamente incriminatorios.

5. EL V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO LABORAL Y EL TRATAMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN EN EL DESPIDO INCAUSADO Y FRAUDULENTO

El 4 de agosto de 2017 se publicaron en la separata de jurisprudencia del *Diario Oficial El Peruano* los acuerdos del V Pleno Jurisdiccional³ Supremo Laboral y Previsional. En este pleno los jueces supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente, así como los de la Primera y Segunda Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República fijaron tres criterios sobre la nulidad de los laudos arbitrales, establecieron así las causales que pueden invocarse en un proceso de impugnación de laudo arbitral económico; la interpretación del artículo 3 de la Ley n.º 28449 para la determinación del monto máximo de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivencia de los pensionistas del régimen del Decreto Ley n.º 20530 y la procedencia de indemnización y remuneraciones devengadas en los casos de despidos fraudulentos e incausados. Nos enfocaremos en este último.

El pleno ha dispuesto que en los casos en los cuales el trabajador sea despedido de forma incausada o fraudulenta, este puede demandar ante el Poder Judicial la indemnización por despido arbitrario, pero ya no podrá accionar la reposición laboral. Sin embargo, si pretende la reposición en su puesto de trabajo, y siempre que exista

3 Respecto a la naturaleza de los plenos jurisdiccionales, véase Vega (2017).

conexidad, simultáneamente podrá acumular la pretensión de indemnización de daños y perjuicios sufridos, que comprende tres aspectos: el daño emergente (daño inmediato y consecuencia directa del despido, esto es, que el trabajador despedido sea pasible de un embargo o hipoteca por no pagar los créditos financieros al no percibir remuneraciones o beneficios sociales), el lucro cesante (no percepción de los ingresos económicos futuros como consecuencia del despido) y el daño moral (daño personal, afectación de la esfera psicológica, aflicción derivada de la extinción laboral). Esta última pretensión no se presumirá, sino que deberá demostrarse, por ejemplo, a través de un examen psicológico (Valderrama, 2017).

La indemnización sustituye cualquier pretensión de remuneraciones devengadas, que hasta antes de este pleno se otorgaban (Rojas, 2017), pues tanto el despido incausado como el fraudulento no pueden equipararse por ficción jurídica a los efectos del despido nulo, instituto para el cual sí resulta procedente el pago de remuneraciones devengadas, puesto que afecta derechos fundamentales de conformidad con el artículo 29 del TUO del Decreto Legislativo n.º 728; más aún, por considerar que durante el período comprendido entre el cese del trabajador y su reincorporación no existe prestación efectiva alguna de servicio, razón por la cual no puede considerarse como remuneración devengada, ya que en nuestro país, la remuneración tiene carácter de contraprestación.

En tal sentido, el juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad para establecer el cálculo de un *quantum* indemnizatorio, según el petitorio y los hechos que invoque el trabajador, de los que se desprende que no existe una indemnización tasada legalmente como en el caso de despido arbitrario.

Asimismo, en el supuesto de que se le reconozca al trabajador la indemnización, el juez de oficio, es decir, sin que haya sido invocado

por el trabajador en su demanda esta pretensión, deberá ordenar que el empleador le pague una suma de dinero por «daños punitivos» (Bobadilla, 2017), la cual será equivalente a los aportes dejados de percibir y que hubiera correspondido al empleador depositar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional al que estuviera obligado a pertenecer por mandato legal, hecho que inevitablemente importa como presupuesto el reconocimiento de un monto indemnizatorio.

El proceso que debe seguirse para determinar las pretensiones por despido incausado o fraudulento es el ordinario laboral, destaca que la reposición como pretensión única deberá tramitarse en el proceso abreviado de conformidad con el artículo 2.2 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo n.º 29497. Si bien el acuerdo refiere, en su aplicación, a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, no es menos cierto su alcance a los trabajadores que laboraron bajo contratos simulados o desnaturalizados en la Administración pública, ello de conformidad con la Ley n.º 24041, norma de protección contra el despido arbitrario respecto de los trabajadores contratados en la modalidad de locación de servicios y a los contratados sujetos al régimen laboral especial CAS, contemplado por el Decreto Legislativo n.º 1057, y que previamente estuvieron en condición de locadores de servicio; por consiguiente, su reposición deberá ejecutarse dentro del marco del Decreto Legislativo n.º 276.

Finalmente, destacamos que si bien es cierto este pronunciamiento no es un precedente vinculante de observancia obligatoria, al no existir mayoría absoluta, en atención al artículo 40 de la NLPT n.º 29497, también lo es que al ser un acuerdo adoptado por los vocales de la Corte Suprema, debe ser tomado en consideración por los jueces de trabajo en la resolución de casos que deben resolver.

6. CONCLUSIONES

Al término del presente trabajo, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. La Constitución Política de 1979 dispuso la estabilidad laboral absoluta en sus vertientes de entrada (contrato de trabajo de duración indeterminada) y de salida (desvinculación del contrato de trabajo por causa justa). Empero, nuestra carta política vigente contempla implícitamente una estabilidad laboral relativa con predominio del pago de indemnizaciones, remuneraciones devengadas y otras similares, antes que la reposición inmediata del trabajador.
2. El Expediente n.º 05057-2013-PA/TC, conocido como el precedente vinculante «Huatuco Huatuco», reafirma y consolida la estabilidad relativa, y a pesar de que propugna el principio meritocrático, así como considera a la Administración pública un bien jurídicamente tutelado, inicialmente creó confusiones en su aplicación, a tal punto que algunos jueces se apartaron de este a través de la técnica del *distinguishing*. Pero el Poder Judicial, en el ejercicio de sus facultades y su autonomía institucional, se ha encargado de esclarecerlo y ha dictado precedentes judiciales para su debida aplicación.
3. En nuestro ordenamiento jurídico laboral existen dos regímenes de protección contra el despido arbitrario: el legal, vía ordinaria, que tiene sustento en el Decreto Supremo n.º 003-97-TR TUO del Decreto Legislativo n.º 728, que reconoce el despido justificado, nulo, arbitrario y por hostilidad o indirecto; y, el constitucional o extraordinario, vía acción de amparo, que reconoce las figuras de despido incausado, fraudulento, nulo, colectivo y por vulneración de derechos fundamentales.
4. El V Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional ha establecido que en los casos de despido incausado y fraudulento la

indemnización sustituye a la pretensión de pago de remuneraciones devengadas, en razón de que esta última es consustancial del despido nulo y, además, porque en nuestro país la remuneración tiene naturaleza de contraprestación, hecho que no se produce entre el período del cese del trabajador y su posterior reincorporación. Igualmente, se ha creado la figura de «daños punitivos» como factor disuasivo, a fin de que el empleador no vuelva a incurrir en daños contra el trabajador.

REFERENCIAS

- Atahuaman, C. (2013). El despido y su procedimiento en la legislación laboral peruana. *Actualidad Empresarial*, (276).
- Blancas, C. (2006). *El despido en el derecho laboral peruano* (2.^a ed.). ARA Editores.
- Bobadilla, G. (2017, 21 de septiembre). Errónea interpretación de la indemnización en el despido fraudulento e incausado, según el V Pleno Jurisdiccional. *LP. Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/interpretacion-indemnizacion-despido-fraudulento-incausado-v-pleno-jurisdiccional/>
- Cabezas, Y. R. (s. f.). *Criterios del Tribunal Constitucional en materia de despido*. https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/difusion_laboral/pub_01.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República (2015). Casación Laboral n.º 12475-2014 Moquegua. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Lima: 17 de diciembre de 2015.
- Corte Suprema de Justicia de la República (2016). Casación Laboral n.º 18032-2015-Callao. Lima: 3 de noviembre de 2016.
- Espinoza, C. (s. f.). Causas de extinción del contrato de trabajo [Presentación de Power Point]. <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causasex.pdf>

- Miranda, S. (s. f.). El despido a través de las sentencias del Tribunal Constitucional. *Derechopedia*. <http://derechopedia.com/mas/derecho-laboral/154-el-despido-a-trav%C3%A9s-de-las-sentencias-del-tribunal-constitucional>
- Monroy, J. (2006). Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el *civil law*. *Revista Hechos de la Justicia*, (4-5), 1-34.
- Montoya, A. (1990). *Derecho de trabajo* (11.ª ed.). Tecnos.
- Neves, J. (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral. *Themis. Revista de Derecho*, (67), 227-232.
- Paredes Infanzón, J. (s. f.). La estabilidad laboral en el Perú. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/74b0aa00418d8511a0f9aced8eb732cb/CSJAP_D_ARTICULO_DOCTOR_JELIO_PAREDES_15052012.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=74b0aa00418d8511a0f9aced8eb732cb
- Rojas, G. J. (2017, 15 de agosto). Remuneraciones devengadas. *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, (653), 4-6.
- Serkovic, G. (2017). El TC y la estabilidad laboral – II. *Diario Oficial El Peruano*.
- Servat, R. J. (2007.). Los efectos negativos de la estabilidad absoluta como regla general de protección frente al despido. *Jus. Doctrina & Práctica*, (5).
- Toledo, O. (2012, 9 de mayo). La reposición por despido incausado y fraudulento en sede laboral. *Omar Toledo Toribio*. <http://omar.toledotoribio.blogspot.com/2012/05/la-reposicion-por-despido-incausado-y.html>
- Tribunal Constitucional (2004). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 3388-2004-AA/TC Lima. Arequipa: 17 de diciembre de 2014.

- Tribunal Constitucional (2008). Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. n.º 03169-PA/TC Lima. Lima: 10 de octubre de 2008.
- Tribunal Constitucional (2015). Auto del Tribunal Constitucional. Lima: 7 de julio de 2015. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA%20Aclaracion.pdf>
- Tribunal Constitucional (2016). Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 06681-2013-PA/TC Lambayeque. Lima: 23 de junio de 2016.
- Valderrama, L. (2017, 22 de agosto). César Puntriano: «El nuevo Pleno Laboral de la Corte Suprema solo encarecerá el acceso al empleo». *La Ley*. <https://laley.pe/art/4163/cesar-puntriano-el-nuevo-pleno-laboral-de-la-corte-suprema-solo-encarecera-el-acceso-al-empleo>
- Vega, J. (2017, 19 de septiembre). ¿Puede un «Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral» modificar el criterio asumido de manera reiterada por la Corte Suprema? *La Ley*. <https://laley.pe/art/4216/puede-un-ldquo-pleno-jurisdiccional-nacional-laboral-rdquo-modificar-el-criterio-asumido-de-manera-reiterada-por-la-corte-suprema->